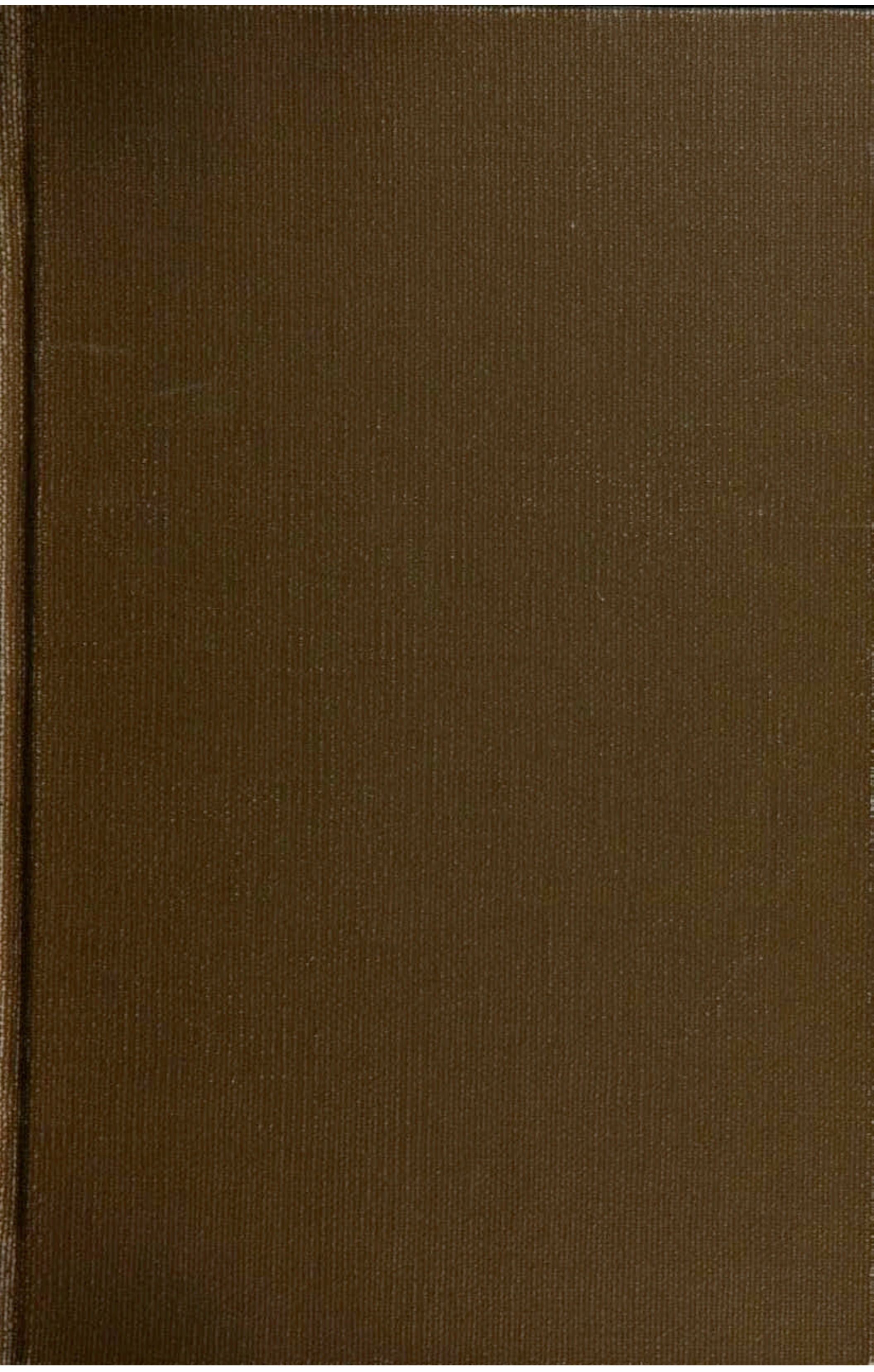


ISBN of reproduction: 978-1-77096-009-1

LA BIBLIOTHÈQUE

DU

CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRES MATIÈRES :

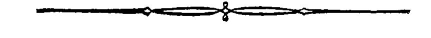
1. Le Texte du Code en Français et en Anglais.
3. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
2. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités.
4. Des tables de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

PAR

CHS. C. de LORIMIER, C. R. L. L. D.

Professeur agrégé à l'Université Laval à Montréal.

VOL. IX



Montréal :

EUSÈBE SENECAL & FILS, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

6, 8 et 10, RUE SAINT-VINCENT.

1883.

CODE CIVIL DU BAS-CANADA

CIVIL CODE OF LOWER CANADA.

[ARTICLE 1150.]

1150. Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve au temps de la livraison, pourvu que les détériorations qu'elle a subies ne résultent pas d'un fait ou d'une faute dont il soit responsable, et qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.

1150. The debtor of a certain specific thing is discharged by the delivery of the thing in the condition in which it is at the time of delivery, provided that the deterioration in the thing has not been caused by any act or fault for which he is responsible, and that previously to the deterioration he was not in default.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1067.

* *ff. Liv.* 45, *Tit.* 1, *De verb. oblig.*, *L.L.* 33, 37, 51. } *L.* 33. Si Stichus certo die dari promissus, ante diem moriatur, non tenetur promissor. (POMPONIUS).

L. 37. Si certos nummos, putà qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur. (PAULUS).

L. 51. Is qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem, ex stipulatu actione non tenetur : sufficit enim si dolo culpave careat. (ULPIANUS).

Ibidem. } *L.* 33. Si Stichus, que l'on a promis
Trad. de M. Berthelot. } de donner à un jour fixe, meurt avant ce jour-là, le prometteur n'est tenu de rien. (POMPONIUS).

L. 37. Si j'ai stipulé une somme déterminée, par exemple qui est dans tel coffre, et qu'elle ait péri sans la faute du prometteur, il ne nous est rien dû. (PAUL).

L. 51. Celui qui a promis l'esclave d'autrui, l'esclave étant parvenu à la liberté, n'est pas tenu par l'action de stipulation : car il suffit qu'il soit exempt de dol ou de fraude. (ULPIEN).

---

* *ff. Liv.* 46, *Tit.* 3, *De solut. et* } *L.* 33. Qui *sibi aut Titio fun-*
liber., *L.* 33. } *dum dari* stipulatus est, quamvis fundus Titio datus fuerit, tamen si postea evictus est, habet actionem : quemadmodùm si hominem stipulatus esset, et promissor statuliberum Titio dedisset, isque ad libertatem pervenisset.

§ 1. Qui *Stichum aut Pamphilum dari* promisit, si Stichum vulneraverat, non magis eum dando liberatur, quàm si solùm Stichum promisisset, et à se vulneratum daret. Item qui *hominem dari* promisit, et vulneratum à se offert, non liberatur. Judicio quoque accepto, si hominem is cum quo agetur, vulneratum à se offert, condemnari debebit. Sed et ab alio vulneratum si det, condemnandus erit, cùm possit alium dare. (JULIANUS).

Ibidem. } *L.* 33. Celui qui a stipulé qu'on lui
Trad. de M. Berthelot. } donnerait un fonds de terre ou à Titius, quoique le fonds ait été donné à Titius, cependant si dans la suite il est évincé, il a une action. Il en est de même s'il avait stipulé un homme, et que le prometteur eût livré à

Titius un homme libre sous condition, et que cet homme fût arrivé à la liberté.

§ 1. Celui qui a promis de donner Stichus ou Pamphile, s'il a blessé Stichus, n'est pas plus libéré en le livrant que s'il avait promis Stichus seulement, et qu'il le donnât après l'avoir blessé. De même celui qui a promis de donner un homme et l'offre après l'avoir blessé, n'est pas libéré. Et même l'instance étant pendante, si le défendeur offre un homme blessé par lui, il doit être condamné ; mais même s'il offre un homme blessé par tout autre que lui, il doit être condamné pouvant en donner un autre. (JULIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*⁰ 544. } 544. Lorsque la dette est d'un corps certain et détermіné, la chose peut être valablement payée, en quelque état qu'elle se trouve, pourvu que les détériorations qui sont survenues depuis le contrat, ne viennent point du fait ni de la faute du débiteur, ni de celle de certaines personnes dont il est responsable, telles que peuvent être ses ouvriers ou ses domestiques.

Si c'est par cas fortuit, ou par le fait d'un étranger que la chose a été détériorée, le débiteur peut valablement la payer en l'état qu'elle se trouve. Il n'est pas obligé à davantage, si ce n'est à céder à son créancier les actions qu'il peut avoir contre celui qui a causé le dommage ; et quand il ne les lui cèderait pas, le juge y subrogerait le créancier qui se trouve être celui qui souffre de ce dommage.

545. Il n'en est pas de même lorsque la dette est d'un corps indéterminé ; comme si un marchand de chevaux a promis par contrat de mariage à son gendre de lui donner un cheval pour partie de la dot de sa fille, sans spécifier quel cheval. Si l'un de ses chevaux est devenu borgne ou galeux, il ne pourra pas donner ce cheval pour s'acquitter de sa dette ; il doit en donner un qui n'ait aucun vice notable (L. 33, *in fin.* ff. *de Solut.*) Au lieu que, s'il s'était obligé déterminément de don-

ner à son gendre *un tel cheval*, il s'acquitterait de son obligation en le lui donnant tel qu'il se trouve.

---

* *C. L.* 2151.—Semblable au *C. N.*

---

* *C. N.* 1245. } Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.

1151. Si l'objet de l'obligation est une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur n'est pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

La chose doit être de qualité marchande.

1151. If the object of the obligation be a thing determined in kind only, the debtor cannot be required to give a thing of the best quality, nor can he offer in discharge one of the worst.

The thing must be of a merchantable quality.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1150.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 283 *et s.* } 283. Ce qui est absolument *indéterminé* ne peut être l'objet d'une obligation ; *suprà*, n° 131.

Par exemple, si je vous ai promis de vous donner *quelque chose*, sans dire quoi, il ne résulte de cette promesse aucune

obligation. Mais on peut contracter l'obligation d'une chose indéterminée d'un certain genre de choses ; comme lorsqu'on s'oblige envers quelqu'un de donner *un cheval*, *un lit garni*, *une paire de pistolets*, sans déterminer *quel cheval*, *quel lit*, *quels pistolets*. L'individu qui fait l'objet de ces obligations est *indéterminé ;* mais le genre dans lequel cet individu est à prendre, est certain et déterminé : ces obligations sont indéterminées *quoad individuum*, quoiqu'elles aient *quoad genus* un objet déterminé.

Ces obligations sont plus ou moins indéterminées, suivant que le genre dans lequel la chose est à prendre, est plus ou moins général.

Par exemple, si quelqu'un s'est obligé de me donner *un cheval de ses haras*, l'obligation étant restreinte à ses haras, est moins indéterminée que s'il s'était simplement obligé à me donner *un cheval.*

Dans ces obligations, chacune des choses comprises sous le genre dans lequel la chose due est à prendre, est *in facultate solutionis*, pourvu qu'elle soit bonne, loyale et marchande, *sed non in obligatione :* car il n'y a, à la vérité, aucun individu que le débiteur ne puisse payer ; mais il n'y en a aucun proprement qui puisse lui être demandé.

Il y a bien une des choses de ce genre qui est due ; car l'obligation doit avoir un objet : mais cette chose n'est aucun des individus *in concreto ;* c'est une chose de ce genre, considérée *in abstracto*, par une idée transcendante qui fait abstraction des individus qui composent le genre ; c'est une chose incertaine, indéterminée, qui ne se déterminera que par le paiement valable qui sera fait de l'un des individus.

Il est vrai que cette chose ainsi considérée, jusqu'à ce qu'elle soit déterminée par le paiement, est une chose qui ne subsiste que dans l'entendement : mais nous avons vu *suprà*, que des êtres intellectuels pouvaient être l'objet des obligations, les obligations étant elles-mêmes des êtres intellectuels.

Cette idée que nous donnons après Dumoulin (*Tract. de Div. et Indiv.*, p. 2, *quæst.* 5), de l'objet de l'obligation d'une

chose d'un genre certain, paraît plus naturelle et plus véritable que celle de ceux qui pensent que ces obligations ont pour objet tous les individus renfermés sous le genre, de manière que chacun de tous ces individus est dû, *non quidem determinatè*, mais sous une espèce d'alternative, sous cette espèce de condition, *si alia res ejus generis non solvatur.*

Il suit de ces principes : 1° que, lorsqu'une chose d'un certain genre est due indéterminément, le créancier n'est pas fondé à demander déterminément quelqu'une des choses comprises sous ce genre ; mais il doit demander en général et indéterminément une de ces choses.

Il suit : 2° que la perte des choses de ce genre qui survient depuis l'obligation, ne tombe pas sur le créancier : car les choses qui périssent ne sont pas celles qui lui étaient dues ; et il suffit qu'il en reste quelqu'une pour que l'obligation subsiste.

Observez néanmoins que, si le débiteur, pour s'acquitter de son obligation, avait offert au créancier une des choses de ce genre, bonne, loyale et marchande, et avait, par une sommation judiciaire, mis le créancier en demeure de la recevoir ; la perte qui arriverait depuis sur cette chose, devrait tomber sur le créancier, le débiteur ne devant pas souffrir de la demeure en laquelle le créancier a été ; la dette, d'indéterminée qu'elle était, ayant été, par les offres, déterminée à la chose offerte ; L. 84, § 3, ff. *de Leg.* 1°.

284. Sur les choses que le débiteur d'une chose d'un certain genre peut valablement offrir pour s'acquitter de son obligation, observez qu'il faut qu'elles soient bonnes et loyales (L. 33, *in fine*, ff. *de Solut.*), c'est-à-dire qu'elles n'aient aucun défaut notable.

Par exemple, celui qui est débiteur d'un cheval indéterminément, n'est pas recevable à offrir un cheval borgne, boiteux, galeux, poussif, etc., ni un cheval d'une vieillesse extrême. Au reste, pourvu que la chose n'ait aucun défaut notable, et qu'il en puisse transférer la propriété irrévocable au créan-

cier, il peut donner telle chose qu'il voudra ; L. 72, § 5, ff. *de Solut.*

285. Pourra-t-il donner une chose qui n'aurait pas pu être valablement promise au créancier envers qui l'obligation a été contractée ?

Par exemple, si je me suis obligé à vous donner *un cheval* indéterminément, puis-je m'acquitter de mon obligation en vous donnant un cheval qui vous appartenait lors du contrat, et qui ayant été depuis par vous vendu, me serait parvenu ?

Dumoulin décide pour l'affirmative ; et en cela cette obligation diffère de celle par laquelle je vous aurais promis ce cheval sous l'alternative d'une autre chose ; car, dans ce dernier cas, mon obligation n'ayant pu subsister par rapport à une chose qui vous appartenait, il n'y avait que l'autre qui fût due ; et elle est par conséquent la seule que je puisse payer. Mais dans l'obligation d'un cheval indéterminément, aucun individu n'étant dû, et les chevaux n'étant tous qu'*in facultate solutionis*, plutôt qu'*in obligatione*, il suffit qu'au temps du paiement, le cheval que je vous donne pour m'acquitter de mon obligation, ne vous appartienne plus, et qu'il m'appartienne, pour qu'il puisse vous être valablement payé. C'est ce que décide nettement Marcellus en la Loi 72, § 4, ff. *de Solut. Ei qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his qui tunc stipulatori servierunt dando, promissor liberatur.*

Il faut néanmoins convenir que la Loi 66, § 3, ff. *de Leg.* 2°, qui est de Papinien, décide le contraire : *Quum duobus testamentis homo generatim legatur, qui solvente altero legatarii factus est, quamvis posteà sit atienatus, ab altero hærede idem solvi non poterit, eademque ratio stipulationis est ; hominis enim legatum, orationis compendio, singulos homines continet ; utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ità frustrà solvitur cujus dominium posteà legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desierit.*

Dumoulin (*Tract. de Div. et Indiv.*, p. 2, n° 102), suivant l'usage dans lequel il est d'asservir les lois à ses décisions, donne la torture à cette loi.

Il dit que la décision de cette loi doit être restreinte dans son espèce particulière " de deux legs faits d'une chose d'un certain genre par deux testateurs à la même personne, ou de deux promesses gratuites d'une chose d'un certain genre, revêtues de la forme de la stipulation, faites par deux donateurs à une même personne : " que c'est par une raison particulière que, dans cette espèce, la même chose qui a été payée au légataire ou au donataire, en exécution du premier legs ou de la première donation, ne peut plus être payée en exécution de l'autre legs ou donation, *ne scilicet videretur offendi juris regula: Non possunt duæ causæ lucrativæ in eâdem re et in eâdem personâ concurrere ;* mais qu'on ne doit pas faire de cette loi une décision générale : que, dans toutes les obligations d'une chose d'un certain genre, les choses de ce genre qui, lorsque l'obligation a été contractée, appartenaient à celui envers qui elle a été contractée, ou qui lui ont appartenu depuis, doivent être censées exceptées de cette obligation, et ne pouvoir en conséquence lui être payées, quoiqu'elles ne lui appartiennent plus. Enfin il dit que, dans cette loi, ces termes *hominis legatum*, *orationis compendio*, *singulos homines continet*, ne signifient pas que tous les esclaves du monde sont chacun *in obligatione legati*, sous cette condition, *si alius non solvatur;* mais qu'ils signifient seulement que tous les esclaves du monde sont *in facultate solutionis*, et que le legs ne peut être acquitté et exécuté *in singulis hominibus.*

Cette interprétation me paraît contraire au sens naturel du texte : j'aime mieux, en reconnaissant une vraie antinomie entre cette Loi et la Loi 72, comme l'ont reconnu Ant. Faber, et Bachovius, abandonner la décision de Papinien, comme fondée sur le faux principe que l'obligation d'une chose d'un certain genre renferme, *alternatè et orationis compendio*, celle de tous les individus qui en sont susceptibles, et m'en tenir à la décision de Marcellus, en la Loi 72, § 4, ci-dessus cité, par les raisons ci-dessus rapportées.

Cujas, sur ces lois, a pris un parti diamétralement opposé à celui de Dumoulin : car, pour les concilier, et pour faire

dire à Marcellus, dans la Loi 72, *de Solut.*, la même chose que dit Papinien en la Loi 66, ff. *de Leg.* 1°, il fait un changement dans le texte de cette Loi 66 ; mais la fin du paragraphe démontre la fausseté de cette innovation dans le texte, qui d'ailleurs est faite sans fondement (1).

285. Lorsque le débiteur d'une chose d'un certain genre a payé une certaine chose qu'il croyait par erreur être due déterminément, il en a la répétition, en offrant d'en donner une autre : car, n'ayant pas donné cette chose en paiement de son obligation d'une chose d'un certain genre, mais comme se persuadant faussement qu'il devait cette chose déterminément, il a payé ce qu'il ne devait pas, et par conséquent *locus est condictioni indebiti;* L. 32, § 3, ff. *de Cond. indeb.*

Sur l'indivisibilité de paiement des obligations d'un certain genre, voyez *infrà*, part. 3, chap. 1, art. 6, § 3.

286. Soit que l'obligation soit *generis generalissimi*, comme lorsque quelqu'un s'est obligé de donner *un cheval* en général ; soit que l'obligation soit *generis subalterni*, *aut generis limitati*, comme lorsque quelqu'un s'est obligé de donner *un de ses chevaux*, tout ce que nous avons dit jusqu'à présent a lieu, pourvu que la convention ne contienne aucune clause qui ôte le choix au débiteur.

Mais lorsque, par une clause particulière de la convention, le choix est accordé au créancier ; comme, lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi de me donner *un des chiens de sa meute à mon choix ;* en ce cas, quoique cette convention renferme principalement l'obligation pure et simple d'un chien indéterminé, néanmoins on peut dire aussi qu'en vertu de la clause qui m'accorde le choix, chacun des chiens de la meute du débiteur m'est dû, sous une espèce de condition, au cas que je le choisisse ; puisqu'en vertu de cette clause, il n'y en a aucun que je n'aie droit d'exiger. C'est pourquoi le débi-

(1) Il est bien inutile de chercher à concilier ces deux textes, et il est encore évident que la décision de Marcellus ne peut souffrir aucune difficulté. (BUGNET).

teur est, en ce cas, obligé de me les conserver tous jusqu'à ce que j'aie fait mon choix ; il ne peut jusqu'à ce temps, sans contrevenir à son obligation, disposer d'aucuns ; *Arg.* L. 3, ff. *qui et à quib. man. Si indistinctè homo sit legatus, non potest hæres, quosdam manumittendo, evertere jus electionis ; nam quodammodo singuli sub conditione legati videntur.*

On ne peut pas dire de même, lorsque le débiteur a le choix, que chaque individu est compris dans l'obligation, au cas que le débiteur choisisse de le donner plutôt que les autres ; car ce n'est pas dans la faculté de payer une chose plutôt que d'autres, mais dans le droit de l'exiger, que consiste l'obligation (1). C'est la différence qu'établit Dumoulin (*Tract. de Div. et Indiv.*, p. 2, nos 112, 113, 114), entre le cas auquel le choix est donné au créancier, et le cas auquel il est donné au débiteur.

---

3 *Larombière, sur art.* 1246 *C. N.* 1. Comme, dans le doute, la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation (1662), on serait tenté de croire que si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur est libéré en donnant une chose de l'espèce la plus mauvaise. Car, après tout, il donne une chose de l'espèce convenue, et, quelle qu'en soit la qualité, il doit être censé avoir par là satisfait à son obligation.

Mais cette interprétation est ici repoussée par les plus simples notions du bon sens. Par cela même, en effet, que les parties n'ont déterminé la chose due que par la désignation de son espèce, elles sont censées être convenues qu'elle aurait, non seulement les qualités élémentaires et générales qui servent à la classer dans tel ou tel genre, mais encore les qualités communes et moyennes qui caractérisent la majorité de son espèce. Le débiteur ne pourra donc pas offrir une chose de l'espèce la plus mauvaise (1246).

(1) Ce qui est vrai, car la dette est le corrélatif de la créance ; mais il faut convenir que tout cela est bien subtil. (Bugnet).

Réciproquement, et par les mêmes raisons de justice et d'équité, il n'est pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce (1246). Il suffira donc, pour sa libération, qu'il donne une chose qui réunisse, au degré ordinaire, les qualités communes et moyennes des choses appartenant au même genre.

Et ce principe est commun aux obligations qui résultent de dispositions testamentaires, et à celles qui naissent des contrats (1022).

2. Il convient, toutefois, de faire attention à ce point important : c'est que, si le débiteur n'est pas tenu d'offrir la chose de la meilleure espèce, et s'il ne peut l'offrir de la plus mauvaise, il doit se renfermer dans ces limites de juste milieu, eu égard à la spécialité même du genre convenu. Ainsi, vous me devez un cheval ; rien n'indiquant, d'ailleurs, quelle espèce de cheval, vous serez libéré en me livrant un cheval de selle ou de trait, pourvu qu'il réunisse, au degré commun, les qualités ordinaires. Mais si vous me devez un cheval de selle, vous devrez me livrer un cheval ayant les qualités communes et nécessaires à la fin proposée, sans qu'il soit de la meilleure comme de la plus mauvaise espèce. De même, s'il s'agit d'un cheval de trait.

Mais une foule de circonstances modifient généralement dans la pratique l'application rigoureuse du principe. Il faut, en effet, le plus souvent, consulter la position du créancier, le but qu'il s'est proposé, les circonstances et les conditions du contrat, l'équivalent stipulé par le débiteur, en un mot, les divers éléments qui peuvent fixer sur la véritable intention des parties. Ce ne sera plus, dès lors, une chose seulement de moyenne espèce, ni de l'espèce la meilleure, ni de l'espèce la plus mauvaise, mais une chose conforme à la volonté des contractants, qui pourra, conséquemment, être d'une espèce au-dessus ou au-dessous de la moyenne. Les juges auront ainsi à déterminer, suivant les règles générales d'interprétation, le degré de bonté que la chose devra offrir pour répondre à la commune intention des parties.

3. L'article 1246 n'a pas seulement en vue les choses qui, quoique de même espèce, diffèrent néanmoins dans l'individu, mais encore les choses fongibles de leur nature, telles que le vin, le blé, etc... ; et, dans ce cas, il faut encore bien faire attention à la spécialité même du genre convenu, par exemple, s'il s'agit de vin ou de blé, au cru et au terroir.

4. S'il s'agit même d'un payement qui ne soit que le remboursement d'uu prêt de consommation, le débiteur est tenu de rendre les choses prêtées en même quantité et qualité (1902, 1897).

5. Alors même qu'il s'agit de choses fongibles, il ne suffit pas toujours au débiteur, pour être libéré, de donner une chose d'une qualité intermédiaire entre la plus mauvaise et la meilleure. S'il s'agit de vin, d'huile, ou d'autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il ne suffira pas, dans tous les cas, que les choses offertes soient de qualité commune, loyale et marchande.

La loi n'exige sans doute point davantage, lorsque ces choses sont destinées à entrer dans le commerce. Le créancier ne saurait demander qu'elles réunissent d'autres qualités que celles qui sont exigées par le goût commun des consommateurs.

Mais si elles ont été stipulées par quelqu'un qui n'entend nullement en faire le commerce, et veut les avoir pour sa consommation personnelle, il faut alors consulter le goût particulier du créancier. En vain le débiteur offrirait-il des choses d'une qualité commune, loyale et marchande ; si le créancier ne les agrée pas, il doit se soumettre aux caprices de son goût personnel, y eût-il même un peu de dépravation.

Il ne faut, cependant, rien outrer. Si les juges doivent faire la part du goût légitime et permis, jusque dans ses caprices, pourvu qu'ils ne dépassent pas une certaine mesure, ils ne lui doivent aucune satisfaction dans son humeur, ses aberrations, et surtout sa mauvaise foi. C'est alors ramener le créancier à la raison, que de le soumettre lui-même au goût commun des consommateurs.

6. Outre les diverses circonstances de fait qui peuvent faire supposer que le créancier, alors même qu'il ne les a pas encore goûtées, a tacitement accepté et agréé les choses, il arrive souvent qu'il abdique, en contractant, son goût personnel, pour s'en rapporter de confiance à celui de son débiteur, à sa bonne foi, à son discernement et à son choix.

J'envoie, par exemple, une voiture en Berry prendre du vin chez mon vigneron d'habitude. Il me sert de son mieux, ou est censé le faire. Pourvu que le vin réunisse les qualités communes et moyennes, eu égard au cru de cette qualité, n'allât-il pas à mon goût, je serai obligé de m'en contenter, sauf à ne plus y revenir.

J'en dis autant du cas où je demande une caisse de tant de bouteilles de champagne, de bourgogne ou de bordeaux. Il suffira que le vin ait les qualités ordinaires et communes, eu égard au prix que j'ai entendu y mettre.

7. Quant aux obligations dont le payement consiste en une somme d'argent, et où les espèces n'ont pas été considérées comme constituant des choses déterminées dans leur individualité, elles ne sont jamais que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit payer la somme numérique convenue, et ne doit payer que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement, sans distinguer si le débiteur a été ou non mis en demeure avant la variation légale de la valeur des espèces. Car la loi ne distingue point et ne peut distinguer.

Ce principe, applicable au prêt (1895), régit toute espèce d'obligations qui consistent en une somme d'argent. Les parties ne peuvent même stipuler le payement en sus d'une indemnité ou différence, dans le cas où la valeur légale de la monnaie viendrait à être modifiée par le souverain. Une pareille clause, qui semble prohibée par les termes restrictifs de l'article 1895, l'est encore et principalement comme contraire à l'ordre public.

C'est que dans les obligations dont le payement consiste

en une somme d'argent, les parties n'ont considéré que la valeur représentative, et que les pièces de monnaie ne sont que le signe public de cette valeur. La monnaie n'appartient aux particuliers qu'à ce titre seul. Ce n'est pas comme monnaie qu'elle entre dans le commerce des échanges, mais seulement comme représentation légale d'une valeur signifiée. *In pecuniâ non corpora quis cogitat, sed quantitatem ;* en fait d'argent, on ne considère pas les pièces de monnaie comme individus, mais comme expression de quantité.

Mais, s'il s'agissait de lingots, le payement devrait être fait en même quantité et qualité (1896, 1897). La matière est alors considérée autrement que comme signe légal de valeur.

8. Le débiteur doit payer en espèces métalliques, or ou argent, et non en valeurs de papier, quelles qu'elles soient, à moins que la loi n'ait attribué aux valeurs de cette dernière espèce un cours forcé ; détestable mesure, à l'usage des révolutions, qui souvent aggrave le mal au lieu de le guérir. Mais le débiteur a le choix des espèces, à moins qu'il n'affecte, au préjudice du créancier, de le payer en menue monnaie, ou que la convention ne porte qu'il payera en telles espèces déterminées. Dans tous les cas, les espèces, soit qu'elles consistent en monnaie d'or ou d'argent, devront être prises au cours légal existant au moment du payement.

---

* *C. L.* 2152.—Semblable au *C. N.*

---

* *C. N.* 1246. } Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

[ARTICLE 1152.]

1152. Le paiement doit être fait dans le lieu désigné expressément ou implicitement par l'obligation.

Si le lieu n'y est pas indiqué, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où il était au temps où l'obligation a été contractée.

Dans tous les autres cas, le paiement doit être fait au domicile du débiteur ; sauf les règles contenues aux titres relatifs à des contrats particuliers.

1152. Payment must be made in the place expressly or impliedly indicated by the obligation.

If no place be so indicated, the payment, when it is of a certain specific thing, must be made at the place where the thing was at the time of contracting the obligation.

In all other cases payment must be made at the domicile of the debtor ; subject, nevertheless, to the rules provided under the titles relating to particular contracts.

---

* *Liv.* 13, *Tit.* 4, *De eo quod certo*, *L.* 9. } 9. Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promisit, solvere invito stipulatore potest. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } 9. Celui qui s'est engagé à fournir une chose dans un certain lieu, ne peut pas forcer son créancier à recevoir son paiement ailleurs. (ULPIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*[os] 238 *et s.* } 238. Lorsque la convention porte un certain lieu où le paiement doit se faire, ce lieu est censé convenu pour l'utilité du créancier, comme pour celle du débiteur : c'est pourquoi le débiteur ne peut obliger le créancier de recevoir ailleurs. *Is qui certo loco dare promisit, nullo alio loco quàm in quo promisit, solvere invito stipulatore potest;* L. 9, ff. *de Eo quod certo loco.*

Mais suivant les principes du droit romain, le créancier pouvait demander le paiement à son débiteur dans un autre lieu que celui convenu pour le paiement ; *putà*, au lieu du domicile de ce débiteur, ou au lieu du contrat, lorsqu'il l'y trouvait, en se faisant raison l'un à l'autre du dommage que l'un ou l'autre souffrait de ce que le paiement ne se faisait pas au lieu convenu. C'était la matière de l'action *de Eo quod certo loco. Vid.* tit. ff. *de Eo quod certo loco.*

239. Cette action n'est pas d'usage parmi nous, et le créancier ne peut pas plus obliger le débiteur de payer ailleurs qu'au lieu convenu, que le débiteur ne peut obliger le créancier de recevoir ailleurs. Automne, *eod. tit.*, dit : *Hic titulus non servatur in Galliâ.*

De là il suit que, lorsque le créancier n'est pas demeurant au lieu où doit se faire le paiement, il y doit avoir un domicile élu, où le paiement puisse lui être fait ; autrement il ne peut mettre son débiteur en demeure. Ce domicile élu doit être notifié au débiteur, ou par la convention, ou par une signification juridique. Faute par le créancier d'avoir ce domicile, le débiteur qui veut payer, peut l'assigner pour qu'il en élise un ; sinon il sera permis au débiteur de consigner sur le lieu.

240. Le débiteur ne peut pas, à la vérité, être obligé de payer ailleurs qu'au lieu désigné, mais faute par lui de payer audit lieu, on peut, si la créance est exécutoire, exécuter les biens, en quelque lieu qu'ils soient ; et même si elle est consulaire, on peut l'emprisonner partout où on le trouve, ainsi qu'il a été jugé par arrêt, rapporté par Mornac, *ad* L. 1, ff. *de Eo quod certo loco.*

241. Il reste à observer que, si la convention porte deux différents lieux de paiement, et que ce soit par une particule conjonctive, le paiement doit se faire pour moitié dans l'nn desdits lieux, et pour moitié dans l'autre ; (L. 2, § 4, ff. *de Eo quod certo loco...*) Si c'est par une disjonctive, le paiement doit se faire pour le total en l'un de ces deux lieux, au choix du débiteur. *Generaliter definit Scævola petitorem habere electionem*

ubi petat ; reum ubi solvat, scilicet ante petitionem ; L. 2, § 3, ff. *eod. tit.*

548. Lorsque par la convention il y a lieu convenu où le paiement doit se faire, il doit être fait en ce lieu. S'il n'y a aucun lieu désigné, et que la dette soit d'un corps certain, le paiement doit se faire au lieu où est la chose.

Par exemple, si j'ai vendu à un marchand le vin de ma récolte, c'est dans ma grange où est ce vin, que je dois en recevoir le paiement : il doit l'y envoyer chercher, le charger à ses dépens sur ses charrettes ; le lui devant livrer où il est. Je ne suis point obligé de le déplacer, mais seulement de lui donner la clef de ma grange, et de souffrir qu'il l'enlève. Cela est conforme à la loi 47, § 1, ff. *de Leg.* 1° *; Si quidem certum corpus legatum est... ibi præstabitur ubi relictum est.*

Si le débiteur, depuis le marché, avait transporté la chose du lieu où elle était, en un autre lieu d'où l'enlèvement se trouverait plus dispendieux au créancier, le créancier pourrait prétendre, par forme de dommages et intérêts, ce que l'enlèvement lui coûterait de plus qu'il ne lui aurait coûté si la chose fût restée au même lieu où elle était lors du marché, le débiteur ne devant pas par son fait rendre pire la condition du créancier.

549. Si la dette n'est pas d'un corps certain, mais d'une chose indéterminée ; comme si l'on me donnait une paire de gants indéterminément, une certaine somme d'argent, une certaine quantité de blé, de vin, etc., le lieu du paiement ne pourrait plus être, en ce cas, le lieu où la chose est, puisque son indétermination empêche qu'on ne puisse assigner aucun lieu où elle soit. Quel sera-t-il donc ?

La loi ci-dessus citée dit, qu'en ce cas, la chose doit être payée au lieu où elle est demandée, *ubi petitur ;* c'est à-dire, au lieu du domicile du débiteur ; Molin., *Tr. de Usur. quest.* 9.

La raison est que les conventions sur les choses à l'égard desquelles les parties ne se sont pas expliquées, devant s'interpréter plutôt en faveur du débiteur qu'en faveur du cré-

ancier, *in cujus potestate fuit legem apertiùs dicere* (*putà*, n° 97) ; il suit de ces principes, que, lorsqu'elles ne se sont pas expliquées sur le lieu où devait se faire le paiement, la convention doit à cet égard s'interpréter de la manière qui est la moins onéreuse et la moins coûteuse au débiteur.

Notre principe, " que les choses indéterminées sont payables au domicile du débiteur, lorsqu'il n'y a aucun lieu de paiement désigné par la convention," souffre une exception lorsque deux choses concourent, savoir, lorsque les demeures du créancier et du débiteur ne sont pas beaucoup éloignées l'une de l'autre, *putà*, lorsqu'ils demeurent dans la même ville, et lorsque la chose due consiste dans une somme d'argent, ou dans quelque autre chose qui peut être portée ou envoyée sans frais chez le créancier.

Lorsque ces deux choses concourent, le paiement doit se faire en la maison du créancier ; Molin., *ibid.* Le débiteur doit, en ce cas, à son créancier cette déférence qui ne lui coûte rien. (1) Faute de payer au créancier, le créancier pourra faire un commandement à son débiteur au domicile de ce débiteur, qui en devra les frais, et le débiteur pourra payer à l'huissier qui lui fait le commandement.

Quoiqu'il soit dit expressément par l'acte, que la somme sera payable en la maison du créancier, qui, lors de l'acte, était dans la même ville que celle du débiteur, et à plus forte raison lorsqu'on ne s'est pas expliqué sur le lieu du paiement, si, depuis le contrat, le créancier a transféré son domicile dans une autre ville éloignée de celui du débiteur, le débiteur sera fondé à demander que le créancier élise domicile dans le lieu où il l'avait lorsque le contrat a été passé ; cette translation de domicile dans un lieu où le débiteur n'a aucunes habitudes, ne devant pas lui être onéreuse, et rendre

(1) Il est très convenable qu'il en soit ainsi, surtout si le débiteur a retiré toute l'utilité du contrat, par exemple au cas de prêt sans intérêts. Cependant le Code n'a point de disposition à cet égard. (BUGNET).

sa condition pire qu'elle n'était, suivant cette règle : *Nemo alterius facto prægravari debet.*

---

* *C. L.* 2153.—Semblable au *C. N.*

---

* *C. N.* 1247. } Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

Hors ces deux cas, le paiement doit être fait au domicile du débiteur.

1153. Les frais de paiement sont à la charge du débiteur.	**1153. The expenses attending payment are at the charge of the debtor.**

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *nº* 550. } 550. Le paiement se fait aux dépens du débiteur ; c'est pourquoi s'il veut une quittance par-devant notaires, c'est à ses dépens que doit être passée la quittance.

C'est aussi pour cette raison que celui qui a vendu du vin, doit payer au bureau des aides le congé nécessaire pour le livrer.

Sirey et Gilbert, sur art. 1248 *C. N.* } 1. Lorsque le débiteur se contente d'une quittance sous seing privé, et que le créancier ne peut la lui donner faute de savoir signer, qui doit payer les frais d'une quittance notariée ?— Toullier, t. 7. nº 95, dit qu'alors il serait équitable que ce fût le créancier

2. C'est au débiteur qui paie les frais de l'acte (de réalisation d'une hypothèque), et non au créancier, qu'il appartient

de choisir le notaire devant lequel sera passé le contrat.— 3 juill. 1844, Rej. [S.V. 44. 1. 667.-D. P. 44. 1. 279.-P. 44. 2. 223.]— La question s'est élevée en ce qui touche les quittances, dans une espèce rapportée au *Rép.* de Merlin, vº *Quittance*, nº 1er.

---

1 *Revue Légale*, *p.* 270, *Beauchêne v. Pacaud.* } JUGÉ.— Que le créancier qui a obtenu un jugement contre son débiteur a droit de faire enrégistrer ce jugement aux frais de tel débiteur, qui ne peut exiger de quittance de la dette qu'en remboursant au créancier ce que ce dernier a payé pour faire enrégistrer son jugement.

---

* 2 *Ferrière*, *Dictionnaire*, *vº Paiement*, *p.* 273. } C'est une règle certaine que ceux qui doivent à des mineurs, ne peuvent pas leur payer valablement ce qu'ils leurs doivent, sans l'assistance d'un curateur. Cela étant si le mineur, à qui l'on veut faire un payement, n'a point de curateur, il faut que le *débiteur* lui en fasse créer un, si mieux il n'aime veiller à l'emploi des deniers qu'il paye et en réponde. Mais si le mineur ou ses parens ne voulaient pas donner les mains à la création du curateur, le débiteur, qui voudrait se libérer, serait bien fondé à demander qu'il lui fût permis de consigner, afin de faire cesser le cours des intérêts ou des arrérages. Néanmoins, un paiement fait à un mineur, non assisté d'un curateur, ne pourrait pas être contesté, 1º si l'obligation n'était que d'une somme modique, ce qui se doit estimer par rapport au bien du mineur ; 2º si un mineur émancipé avait fait à son profit des obligations provenantes de ses épargnes, ou de quelque gain adventice, il en pourrait recevoir le paiement sans être assisté d'un curateur.

---

* *C. L.* 2154.—Semblable au *C. N.*

---

* *C. N.* 1248. } Les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

[ARTICLE 1154.]

§ 2. *Du paiement avec subrogation.*

1154. La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie, est ou conventionnelle ou légale.

§ 2. *Of payment with subrogation.*

1154. Subrogation in the rights of a creditor in favor of a third person who pays him, is either conventional or legal.

---

3 *Larombière*, *Oblig.*, *sur art.* 1249 *C. N.* } 1. On a beaucoup écrit sur la subrogation, dans le nouveau comme dans l'ancien droit : preuve incontestable des difficultés de la matière. Ses rapports avec d'autres faits juridiques, les points de ressemblance qui l'en rapprochent, les différences qui l'en séparent, les appréciations diverses et contradictoires de ses éléments et de ses effets, la subtilité des aperçus et des parallèles ; voilà certainement des occasions suffisantes d'erreur et de confusion.

2. Littéralement, la subrogation est la substitution d'une personne qui paye aux droits du créancier qui est payé. Et, en se plaçant au point de vue de son effet direct et immédiat, on peut dire qu'elle est l'acquisition intégrale ou partielle de la créance par un tiers qui paye au créancier ce qui lui est dû.

Renusson la définit la mutation d'un créancier en un autre créancier, quand les droits du créancier qui est payé passent à l'autre qui a fourni ses deniers propres pour le payement. Domat et M. Toullier disent au fond la même chose. Le Code Napoléon s'est approprié cette définition, en disant : " La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye, etc..." Elle nous paraît parfaitement exacte, puisqu'elle présente et résume par elle-même les éléments et les effets de la subrogation. Aussi, la préférons-nous à ces définitions de Dumoulin, de MM. Duranton et Delvincourt. Dumoulin dit que la subrogation est la fusion d'un

créancier dans un autre, sous les mêmes conditions ou sous des conditions moins onéreuses, *transfusio unius creditoris in alium, eâdem vel mitiori conditione*. M. Delvincourt la définit, un changement de créancier sans novation de la dette ; et M. Duranton, une fiction de droit qui fait entrer une personne dans la place d'un créancier pour exercer ses droits quant à la créance.

Ces définitions ont, en effet, le tort de ne signaler la subrogation que par son effet principal, la substitution d'un créancier à un autre, et la transmission de la créance. Or, on peut dire la même chose d'autres faits juridiques qui ont aussi pour résultat de substituer un créancier à un autre, et de transmettre la créance. Ces définitions manquent donc de propriété. Elles pèchent par le vague de leur généralité.

Nous aurions encore à repousser la définition que M. Merlin donne de la subrogation ; mais nous ajournons, parce qu'elle contient en germe tout un système que nous devons combattre, et qui consiste dans cette prétention que la subrogation ne transfère pas la créance même, mais seulement ses accessoires et ses sûretés.

Ce mot, *subrogation*, nous vient du droit canonique. On ne le trouve nulle part dans le droit romain, qui ne se sert jamais que de ces mots : *in locum substituere*, *præstare actiones*, *mandare*, *cedere actiones*, *locum consequi*, *in locum succedere*, *in jus succedere*. Il expliquait ainsi la chose par ses effets, et, sous ce rapport, notre synonymie est aussi riche. Nous disons aussi, céder ses droits et actions, mettre en son lieu et place, succéder aux droits et actions, etc... Oléa, dans son traité de *Cessione jurium*, lui donne le nom de *subingressio*, sous-entrée, entrée en la place ; et nous voyons cette expression employée par M. Duranton et Domat.

3. Le caractère distinctif de la subrogation, quelle qu'elle soit, conventionnelle ou légale, est qu'elle suppose essentiellement un payement fait au créancier dans les droits duquel le tiers qui le paye est substitué. L'article 1249 le donne tout de suite à entendre, en parlant de la subrogation dans les

droits du créancier, au profit d'une tierce personne qui l paye. Ce point est essentiel, il ne faut pas le perdre de vue la subrogation a sa cause dans le payement fait par un tier: Nous aurons plus loin à en déduire les conséquences. Ce qu nous pouvons dire immédiatement, c'est qu'au moins on n peut confondre, sous le rapport de sa cause, la subrogatio avec les autres substitutions de créanciers, et les autres trans missions de créances.

4. Nous verrons, sous les articles suivants, que l'effet le plu saillant de la subrogation est de mettre le créancier subrog aux droits de l'ancien créancier, et, pour employer l'expres sion pittoresque de Dumoulin, d'opérer une transfusion d leurs personnes. Mais nous aurons soin, en même temps, d ne pas la confondre :

Avec le droit que confère l'article 1166 à tout créancie d'exercer les droits de son débiteur en son nom et à sa place

Avec la délégation,

Avec la cession-transport (1689),

Avec la cession de biens (1265),

Avec le dessaisissement qui résulte de la faillite,

Avec la cession que le débiteur est obligé de faire des ac tions qu'il peut avoir par rapport à la chose qu'il ne peu livrer (1303, 1935),

Avec la saisie des rentes constituées sur particuliers (636 C. pr.),

Avec la saisie-arrêt (557, C. pr.).

Sans entrer, à cet égard, dans des parallèles où la vérit des appréciations est souvent sacrifiée à une prétendue finess d'aperçus, nous nous bornerons à signaler les principales dif férences qui les distinguent, nous en remettant au cours d nos explications du soin de faire ressortir les autres.

5. La subrogation dont il est question ici est appelée par le auteurs, subrogation de personnes ou personnelle, par opposi tion à la subrogation de choses ou réelle, qui fait qu'une chos en remplace une autre, comme aux cas des articles 132, 747

766, 1066, 1067, 1069, 1407, 1434, 1435, 1553, 1558 et 1570. Nous n'avons pas à nous en occuper.

Nous nous bornerons également à rappeler, sans en exposer la théorie, que dans les actions universelles, c'est-à-dire dans celles qui ont pour objet la totalité, ou une quote-part d'une universalité, il y a lieu de droit à la subrogation réelle. Nous citerons, comme exemples, le retour successoral (747, 766), la séparation des patrimoines (878 et suiv.), où les droits des parties intéressées s'exercent sur les choses qui remplacent légalement d'autres choses d'une nature différente, comme si ces dernières existaient encore dans toute leur identité. Cette subrogation réelle a, dès lors, pour effet, de leur attribuer plus qu'un droit ordinaire de préférence ; elle leur confère sur les choses subrogées un droit d'appropriation qui s'exerce par voie de distraction ou de prélèvement.

---

* *Renusson, Subrogation, ch. 2, p. 16 à 26.* } I. Il est nécessaire d'observer que le terme, (*Cession*) est un terme commun et équivoque, qui comprend plusieurs choses différentes. On donne le nom de cession au transport d'une dette, à la délégation, à la subrogation, à l'abandonnement volontaire que fait un débiteur de ses biens à ses créanciers, et à la cession de biens que fait un débiteur en Justice, pour avoir liberté de sa personne. Toutes ces choses sont différentes ; on les appelle néanmoins souvent cession. Comme cela pourrait causer de l'erreur, et que cela a fait quelque confusion dans les textes du Droit Romain, il est nécessaire d'expliquer leur différence.

II. Le transport d'une dette est ce qu'on appelle proprement cession. On joint ordinairement les deux termes ensemble, et on dit vulgairement cession et transport, afin de la distinguer de la simple cession d'actions que nous appellons subrogation. La cession et transport est une véritable vente qui se fait par un créancier qui dispose de ce qui lui est dû ; et elle est ainsi appellée dans les textes du Droit Romain : *Venditio*

nominis, *emptio nominis*, *jus suum vendere. L.* 3, *ff. de negotiis gestis*, *et l.* 3, *ff. de hæreditate et actione vendita* Maître Charles du Moulin *Tract. usur. et redituum de luitione et cessione*, *quæst.* 49, *num.* 446, observe que céder et vendre signifie la même chose. *Non refert creditorem vendere vel cedere jura sua, sed hæc pro eodem accipiuntur*, *et vere idem sunt*, *quia qui accepto quod sibi debetur cedit*, *jus suum vere illud pretio vendit.* On a usé de différents noms pour signifier la différente qualité des choses. Vendre, se dit ordinairement pour les choses corporelles. On dit vendre un cheval, vendre un héritage, vendre une maison. Céder et transporter, se dit pour les choses incorporelles, pour les droits et actions *quæ consistunt in jure.* On dit céder et transporter un billet, céder et transporter une obligation, céder un Contrat et une dette. Souvent aussi les termes céder, transporter, vendre, sont mis indistinctement dans les Contrats de vente et de cession comme synonimes ; le cédant est vendeur ; le cessionnaire est acheteur ; la cession et transport ont mêmes principes, mêmes règles, et mêmes effets que la vente.

III. Premièrement un créancier peut librement céder son droit et sa dette, comme le propriétaire d'un héritage peut librement vendre son héritage. Il est libre à un chacun de disposer de ce qui lui appartient pour son intérêt, et pour son utilité particulière.

IV. En second lieu, la cession et transport se contracte entre le cédant et le cessionnaire par leur mutuel consentement, de même que la vente se contracte et se parfait par le mutuel consentement du vendeur et de l'acheteur ; et quoique le cessionnaire ne soit saisi de la dette cédée que par la signification qu'il en fait faire au débiteur, cette signification ne regarde que l'exécution et les créanciers du cédant, et on peut dire que le droit est acquis au cessionnaire par l'acceptation qu'il aurait faite de la cession ; qu'il peut quand bon lui semble signifier la cession au débiteur, et par cette signification avertir le débiteur qu'il a changé de créancier, qu'il ne doit plus reconnaître le cédant pour son créancier.

V. En troisième lieu, le cessionnaire tient son droit du cédant avec lequel il a contracté, il a tous les droits, privilèges et hypothèques du cédant, de même que l'acheteur tient la propriété de la chose vendue du vendeur, et a tous les droits du vendeur en la chose vendue.

VI. En quatrième lieu, la cession et transport se fait par le créancier, *etiam invito debitore. Nominis venditio etiam ignorante vel invito eo adversus quem actiones mandantur contrahi solet. L. 3, cod. de hæreditate et actione vendita. L. 1, cod. de novationibus et delegationibus.* Un créancier dispose de ce qui lui est dû comme de toutes autres choses qui lui pourraient appartenir, il peut céder et transporter son dû à qui bon lui semble, il n'a pas besoin du consentement du débiteur. *Creditor statim potest libere, sive vendere, aut alio quovis titulo disponere de ipso nomine vel jure suo, et illud cum accessoriis in quem libuerit quovis modo sine alia solemnitate transferre nescio vel invito debitore sicut de alia re sua.* Maître Charles du Moulin, *Tract. usurarum et redituum. De luitione et cessione quæst.* 49, *num.* 446.

VII. En cinquième lieu, la cession et transport contient une garantie comme la vente, le cédant est garant de la solvabilité de celui sur lequel la cession est faite au temps qu'elle est faite, s'il n'est dit au contraire. Car comme le cédant a disposé de sa dette pour son intérêt et pour son utilité particulière : et que le cessionnaire lui en a payé le prix, la dette cédée ne doit pas être vaine et inutile au cessionnaire : et si le débiteur sur lequel la cession est faite, est insolvable au temps qu'elle est faite, le cessionnaire a action contre son cédant pour lui faire reprendre sa cession, et lui faire restituer ce qu'il a reçu s'il n'a été autrement convenu entr'eux.

VIII. En sixième et dernier lieu, si la dette cédée est immobilaire ; si c'est rente constituée ou rente foncière, les créanciers hypothécaires du cédant ont suite par hypothèque, et le cessionnaire peut être troublé, et assigné en déclaration d'hypothèque, de même que l'acquéreur d'héritages peut être troublé par les créanciers hypothécaires de son vendeur.

[ARTICLE 1154.]

IX. A l'égard de la délégation à qui on donne aussi le nom de cession, elle se fait par un débiteur qui cède à son créancier un autre débiteur en son lieu. *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, sit autem delegatio, vel per stipulationem, vel litis contestationem, l. 11, ff. de novat. et delegat.* La délégation se contracte entre trois personnes qui y doivent consentir ; il y a le débiteur qui cède et délègue ; il y a le débiteur qui est cédé et délégué ; et il y a le créancier qui accepte la cession et délégation. Par exemple, Mœvius doit à Sempronius 4000 l. le même Mœvius est créancier de Titius qui lui doit pareille somme de 4000 l. Mœvius pour se libérer vers Sempronius de cette somme de 4000 livres, lui cède et délègue la même somme qui lui est due par Titius, et Sempronius accepte la délégation, tient quitte Mœvius, et se contente de Titius pour débiteur, lequel s'oblige et reconnaît Sempronius pour son créancier au lieu de Mœvius.

X. La délégation est une novation : car le créancier qui accepte la délégation, tient quitte son ancien débiteur, et accepte un nouveau débiteur qui le reconnaît pour créancier au lieu et place de l'autre ; la première obligation est éteinte. *Prima obligatio extinguitur cum omnibus accessoriis et hypothecæ liberantur.* L'obligation de l'ancien débiteur est éteinte, et le créancier qui accepte la délégation, a un nouveau débiteur au lieu de l'ancien. Si ce nouveau débiteur est insolvable, le créancier n'aura aucun recours de garantie contre son ancien débiteur qui lui a fait la cession et délégation, il s'est contenté du nouveau débiteur. C'est ce qui est dit en la Loi 3, *Cod. de novat. et delegat. Quod si delegatione facta tu liberatus sis et frustra vereris ne eo quod quasi à cliente suo creditor non facit exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem voluntate debitoris interposita, debito liberatus sis.* Monsieur Bouttellier en sa Somme Rurale, tit. 26, dit, que l'atournement et renouvellement qu'un créancier fait à l'autre d'aucune dette quand il lui baille son débiteur au lieu de lui, ne se peut duement faire, si le débiteur sur qui on veut dernièrement atourner la dette n'est à ce présent,

et qu'il le consente et promette payer au créancier de son créancier, lequel se tienne à l'atourné, autrement ce ne vaut, et cite la *L. 1*, *Cod. de novat. et delegat.* Charondas en ses annotations sur Monsieur Boutellier au lieu cité, dit, que la délégation a effet de périmer la première obligation, parce qu'elle est semblable à la solution, suivant la Loy, *si rem. ff. de novat. et delegat.* Loiseau en son Traité de la garantie des rentes, chap. 3, nomb. 8, parlant de la délégation, dit, qu'il y a novation expresse de la première obligation qui est transfusée en la seconde, du consentement des trois Parties, du cédant, du cessionnaire, et du débiteur. Si les trois Parties n'y consentent, la délégation est imparfaite, ou plutôt il n'y a point de délégation, ce sera une simple assignation ou destination, ou une cession et transport.

XI. Nous avons observé que l'action de l'ancien débiteur qui a cédé et délégué un autre débiteur en son lieu, est éteinte et ne subsiste plus, par la raison que le créancier qui accepte la délégation, le décharge et le tient quitte et accepte en son lieu et place un autre débiteur dont il se contente ; il est pareillement véritable de dire que l'ancienne obligation du débiteur, qui est cédé et délégué, est éteinte, et qu'il ne doit plus rien à son ancien créancier ; il change de créancier, et contracte au profit du créancier une nouvelle obligation par la délégation ; c'est pourquoi si le créancier qui accepte la délégation du nouveau débiteur au lieu de l'ancien, voulait néanmoins conserver les hypothèques de son ancien débiteur sur le nouveau débiteur, et les faire passer en sa personne pour sa sûreté, il en doit faire une stipulation expresse par le même acte. *Alioquin prima obligatio extinguitur cum omnibus accessoriis et hypothecæ liberantur.* Le créancier a seulement l'obligation du nouveau débiteur qui lui est délégué, et qui s'oblige nouvellement de lui payer ce qu'il devait au premier créancier.

XII. Cela fait voir qu'il y a aussi grande différence entre la cession, que nous appellons transport, et la cession, que nous appellons délégation. Premièrement dans la cession,

que nous appellons transport, le cédant est garant. Au con traire dans la cession que nous appellons délégation, le débi teur qui a cédé et délégué son débiteur en son lieu, est dé chargé, et le créancier qui accepte la délégation, s'est content du nouveau débiteur. En second lieu, la cession et transpor se fait par le créancier. *Etiam invito debitore.* La délégatio au contraire ne se peut faire que du consentement du débi teur. *Delegatio debiti nisi consentione et stipulanti promittent debitore jure perfici non potest, nominis autem venditio vel igno rante, vel invito eo adversus quem actiones dantur contrah solet. Lib. 1, Cod. de novat. et delegat.*

Pour ce qui est de la cession que nous appellons subroga tion, les Loix l'ont introduite en plusieurs cas favorables ; ell est bien différente de la cession que nous appellons transport et de la cession que nous appellons délégation ; le transpor et la délégation ont cela de commun qu'elles procèdent l'un et l'autre du créancier qui dispose de sa dette pour son inté rêt et pour son utilité particulière. Mais la subrogation n'es pas à proprement parler une véritable cession, c'est une ces sion feinte, qui ne vient pas du créancier qui ne dépend pa de lui, et qui se peut faire malgré lui. *Fit ex necessitate juri habenti jus offerendi, non est vera cessio, nec venditio nominis sed cessio fictitia et à jure concessa, quæ vim habet à lege et fi beneficio legis, etiam invito creditore à quo nomen procedit.*

XIV. Les anciens Jurisconsultes ne se servaient pas du terme de subrogation dans la matière que nous traitons ; il n'avaient pas aussi de terme propre et spécifique, ils l'ont ap pelée diversement, *Cessio actionum à lege, beneficium cedenda rum actionum, successio, substitutio.* Celui qui a la cession d'actions par le bénéfice de la Loi, c'est-à-dire, celui qui es subrogé, et qui succède aux droits du créancier qui a été payé ne tient point son droit du créancier, quoiqu'il entre au lieu et place du créancier, le créancier ne cède et ne transport pas son droit, mais il cesse d'être créancier par le payemen qui lui est fait, et un autre prend sa place, et succède à son droit. *Non est vera cessio, sed successio in locum alterius.* C

qui se connaît par la nature de la chose qui s'est faite, quand on voit que ce n'est pas le créancier qui a disposé lui-même de sa dette, mais que le payement lui a été fait par le débiteur qui a voulu se libérer et changer de créancier : car quand cela paraît évidemment, ce n'est pas une véritable cession et transport, mais une simple subrogation. *Intelligentia dictorum ex causis est absumenda, quia non sermoni res, sed rei est sermo subjectus. Cap. intelligentia extra. de verb. significatione, licet creditor dicat se cedere, se vendere jus suum, tamen hoc non intelligitur fieri ad transferendum dominium, sed solum hypothecam in cessionarium, quia non censetur emere et pecuniam dare dominii acquirendi causâ, sed gratiâ servandi pignoris.* Maître Charles du Moulin, *Tract. contract. usur. quæst.* 49. Celui donc qui a cette cession d'actions, c'est-à-dire, celui qui est subrogé, ne tient pas son droit du créancier avec lequel il ne contracte point d'obligation, il tient principalement son droit de la Loy, dans le cas où la Loy veut que la cession d'actions et la subrogation se fasse de plein droit ; ou il tient son droit de la Loy et de la stipulation toute ensemble, dans le cas où la Loy veut qu'il n'y ait subrogation que quand elle a été expressément stipulée.

XV. On en peut d'abord rapporter quelques exemples qui sont tirés des Loix Romaines. Nous parlerons premièrement d'un débiteur qui a hypothéqué son bien à plusieurs créanciers. La Loi, comme il sera montré en son lieu, permet au créancier postérieur d'offrir au plus ancien le payement de ce qui lui est dû, soit pour éviter contestation, soit pour empêcher que le bien de leur débiteur qui est leur gage commun, ne soit consommé en frais, le créancier plus ancien est mis hors d'intérêt par le payement qui lui est fait de son dû, et il ne doit pas faire refus de recevoir ce qui lui est dû, ni de délivrer le titre de sa créance au créancier postérieur qui le rembourse, et la Loy en ce cas fait elle-même de son autorité la cession d'actions et la subrogation, et elle veut que le créancier postérieur soit subrogé aux droits de l'ancien qui a été payé, et qu'il entre en son lieu et place ; le créancier posté-

rieur n'a pas besoin que l'ancien créancier fasse ou consente la cession d'actions et la subrogation, il n'a pas besoin de la stipuler, et de la requérir de l'ancien créancier ; la cession d'actions étant réputée faite par la Loy, quand le créancier postérieur lui fait le payement de son dû.

XVI. On peut donner aussi un exemple de la subrogation qui vient de la Loi et de la stipulation tout ensemble : ce qui est quand un débiteur étant poursuivi par son créancier, ou prévenant ses poursuites, veut payer et s'acquitter. S'il a quelque recours à exercer, soit parce qu'il est caution, soit parce qu'il a des coobligés, et qu'il lui soit avantageux d'être subrogé au créancier, il peut en faisant le payement, stipuler la cession d'actions ; c'est-à-dire, la subrogation, et le créancier est obligé de la consentir. Il y a plusieurs Loix qui disent qu'on pourrait refuser le payement, si le créancier refusait de consentir la subrogation et cession d'actions, *habet exceptionem cedendarum actionum.* Et la Loi dit, que cette exception est très juste, que le créancier y doit satisfaire, et qu'il doit consentir la cession d'actions et la subrogation qui ne lui fait aucun préjudice. *Creditor debet præstare actionem quam habet:* Comme il est dit en la Loi *in creditore in fine, ff. de eviction. Cur enim non æquum videbitur, vel hoc saltem consequi quod sine dispendio creditoris futurum est.* Et comme dit la glose sur la Loi première, *Cod. de contr. jud. tutel. Sic actio quæ erit inutilis cedenti, erit utilis ei cui cessa est.* Et Maître Charles du Moulin, *tract. contract. usur. quæst.* 89, *num.* 672, dit que cette exception, *cedendarum actionum,* avait été introduite par équité : *istud jus et exceptio cedendarum actionum non fundatur nec debetur stricto jure, sed ex æquitate, et specialiter ex illa æquitate, ut id saltem is qui petit solutionem, consequatur quod sine dispendio cedentis futurum est.*

XVII. Les Loix disent aussi quand le créancier refuse d'accorder et de consentir la cession d'actions lors du payement, sur la requisition qui lui en serait faite, qu'on peut avoir recours à l'autorité de la justice, et faire ordonner par le Juge la cession d'actions malgré le créancier. Il y en a une dispo-

sition dans la Loi *si res obligata per ff.* 2, *delegat.* 1 *in fine* : Cette Loi parle d'un testateur qui a légué une chose, laquelle il savait être hypothéquée à quelque créancier : cette loi dit que c'est à l'héritier de payer le créancier, et non pas au légataire qui doit avoir en ce cas la chose léguée franche et quitte, et si l'héritier ne se met pas en devoir de le payer, que le légataire peut lui-même faire le payement, et obtenir du créancier la cession d'actions, pour après se pourvoir contre l'héritier, comme subrogé aux droits du créancier : et si le créancier a refusé la cession d'actions et la subrogation, il la peut faire ordonner par le Juge. *Poterit fideicommissarius per doli exceptionem à creditoribus qui hypotecaria secum agerent consequi ut actiones sibi exhiberentur, quod quamquam suo tempore non fecerit per jurisdictionem præsidis, id ei præstabitur.*

---

3 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 563, *p.* 430 *à* 437. } La subrogation aux droits du créancier comprend, dans son acception la plus étendue, tous les cas où les droits d'un créancier passent, en totalité ou en partie, à un autre créancier ; ainsi, par exemple, elle comprend la cession, soit que le créancier transporte à un tiers sa créance avec tous ses accessoires, soit qu'il lui transporte seulement les avantages attachés à sa créance, comme un droit de privilège ou d'hypothèque. Elle comprend également la délégation, c'est-à-dire le cas où un créancier accepte l'indication que lui fait son débiteur d'un tiers chargé d'effectuer le payement en son lieu et place. V. aussi Pr., art. 721 et s.

Dans un sens plus restreint, qui est celui des articles 1249 et 1252 et le seul dont il soit ici question, la subrogation aux droits du créancier est une fiction de droit, *fictio juris*, au moyen de laquelle les droits d'un créancier, auquel un tiers fait un payement, passent à ce tiers en vertu de la loi, quoique la dette ait été éteinte par ce payement (1).

(1) Le caractère principal de la subrogation dont il s'agit ici, c'est qu'elle a lieu en vertu de la loi, ou, ce qui revient au même, que la subrogation a lieu *licet extincto debito.* C'est par là seulement que la subroga-

Bien que la subrogation, en prenant toujours ici ce mot dans son bon sens le plus restreint, ait lieu en vertu de la loi, et ne puisse s'établir qu'en vertu de la loi, puisque la créance est éteinte vis-à-vis du créancier originaire, elle peut cependant être ou une subrogation conventionnelle, ou une subrogation légale, selon qu'elle résulte d'une convention, ou selon qu'elle a lieu en l'absence de toute convention par la seule force de la loi (1), art. 1249.

tion, dans le sens plus étroit, se distingue de la subrogation dans le sens plus large, par exemple, de celle qui résulte d'une cession. L'article 1249 ne définit pas la subrogation, mais la définition se déduit des dispositions des art. 1250 et 1251. Les auteurs ne sont pas toujours d'accord sur l'idée fondamentale de la subrogation ; mais les malentendus qui les divisent viennent surtout de ce qu'ils l'entendent tantôt dans son sens le plus large, tantôt dans son sens le plus étroit. V. Merlin, *Rep.* et *Quest.*, v° *Subrogation :* Favard, *ibid.* ; Toullier, 7, n. 140 ; Duranton, 12, n. 108, 114 et 140 et s.; Troplong. *Priv. et hyp.*, n. 349 et s. : [Marcadé, 4, p. 538 —On peut encore définir la subrogation, une fiction juridique par suite de laquelle une obligation éteinte au moyen du payement effectué par un tiers est regardée comme continuant de subsister au profit de ce dernier, qui est censé ne faire qu'une seule et même personne avec le créancier. Il suit de là, d'une part, que la subrogation, tout en ayant certains rapports avec la cession, s'en distingue cependant, puisque la cession ne fait que substituer le cessionnaire au cédant, sans toucher à l'existence de la créance, tandis que dans la subrogation, la créance que le payement aurait dû éteindre ne continue de subsister que par l'effet de la subrogation. Il suit de là, d'autre part, que quoique la subrogation suppose un changement dans la personne du créancier, elle n'emporte cependant pas novation, à raison de la fiction d'après laquelle le tiers subrogé est censé ne faire qu'une seule et même personne avec le créancier auquel il succède, Massé, 5, n. 224.] (Note de MM. Massé et Vergé).

(1) Ainsi l'art. 1249 doit être entendu et concilié avec la définition donnée dans le paragraphe. [C'est-à-dire que l'art. 1249, en disant que la subrogation est conventionnelle ou légale, entend seulement dire que la subrogation a lieu tantôt par la seule force de la loi, tantôt par la force de la convention, sans contredire pour cela l'idée fondamentale de la subrogation, qui est d'être légale, en ce sens qu'elle n'a lieu, même en vertu de la convention, que parce que la loi l'autorise.] (Note de MM. Massé et Vergé).

La subrogation conventionnelle s'opère de deux manières :

1° Lorsque le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur (1). Cette subrogation doit être expresse (2), et être faite en même temps que le payement (3).

(1) V. Toullier, 7, n. 117 et s. ; Merlin, *Quest*, v° *Subrogation*, § 1. Il est quelquefois facile de confondre cette sorte de subrogation conventionnelle avec la subrogation légale et la cession. C'est une question de fait et d'interprétation. V. Favard, *loc. cit.*, qui présente un intérêt pratique surtout en ce qui touche l'obligation de garantie. V. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 555, [V. *inf.*, note 6.]—La subrogation conventionnelle dont il s'agit ici, différant essentiellement de la cession, n'est pas assujettie aux mêmes règles, et, par exemple, à l' observation de l'art. 1690. V. les autorités précitées et Duranton, 12, n. 125 et s., 128. [La subrogation n'étant pas une cession, et l'art. 1250 n'exigeant pas la signification au débiteur de l'acte duquel résulte la subrogation, on doit en conclure qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à la subrogation l'art. 1690, qui subordonne l'effet de la cession à une notification au débiteur cédé, Duranton, 12, n. 120 et 127 ; Marcadé sur l'art 1250,—*Contrà*, Delvincourt, 2, p. 559 . Touillier, 7. n. 127 ; Duvergier, *Vente*, 2, n. 257.—Par la même raison, l'art. 1250 n'exigeant pas un acte authentique, la subrogation consentie par le créancier dans un simple acte sous seing privé est valable, même à l'égard du tiers, Angers, 25 janv. 1849, S. V., 49, 2, 428 ; Delvincourt, sur l'art. 1250 ; Toullier, 7, n. 116 ; Mourlon, *De la subrogation*, p. 249.—*Contrà*, Grenoble, 13 mai 1824. Mais il faut, pour que la subrogation par acte sous seing privé puisse être opposée aux tiers, qu'elle ait date certaine, art. 1328. V. *inf.*, § 590.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Cependant les expressions *subrogo*, *cedo*, sont à elles seules suffisantes, Toullier, 7, n. 120. V. cependant Riom, 12 janv. 1809. [Aux termes de l'art. 1250, la subrogation doit être expresse ; cependant il n'y a pas d'expressions sacramentelles. Ainsi la subrogation dans les droits du créancier au profit d'un tiers qui le paye est stipulée d'une manière suffisamment expresse, lorsqu'il est dit dans la quittance que celui qui rembourse le créancier se *trouve subrogé* dans les droits de celui-ci, Cass., 4 fev. 1839, S. V., 39, 1, 107 ; Toullier, 7, n. 120 ; Duranton, 12, n. 118 et s. ; Marcadé, sur l'art. 1250 ; Massé, 5, n. 245. L'art. 1250 parle, il est vrai, de subrogation aux droits, actions, privilèges et hypothèques contre le débiteur ; mais cette énumération n'est pas nécessaire, bien

2° Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de

que d'ailleurs la subrogation puisse être plus ou moins étendue d'après les expressions employées. V. cependant Riom, 12 janv. 1809.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) Une subrogation postérieure au payement est par conséquent sans force, Toullier, 7, n. 116, V. cependant Grenoble, 30 juin 1855, S. V., 36, 2, 145. [L'art. 1250 exige la simultanéité du payement et de la subrogation ; mais cette règle ne doit pas être entendue d'une manière trop absolue. Il est certain que si un payement a été fait par un tiers au créancier purement et simplement sans subrogation, la subrogation ne peut être faite plus tard, parce que le payement a éteint la créance, et que la subrogation n'a plus d'objet. V. Cass., 30 juill. 1838, S. V., 38, 1, 673. Mais lorsque la quittance constate à la fois le payement et la subrogation, il importe peu que le payement ait été antérieur s'il n'a été fait que dans la vue de la subrogation ; il y a alors une simultanéité d'intention qui suffit aussi bien qu'une simultanéité de fait, pour la validité de la subrogation que la quittance postérieure ne fait que constater. V. Gauthier, *De la subrogation*, n. 110 et s, ; Mourlon, *ibid.*, p. 324. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 31 mai 1848, S. V., 48, 1, 427 ; et le 6 nov. 1854, S. V., 54, 1, 756, que le payement et la subrogation ne laissent pas d'être simultanés par cela seul que la quittance qui constate à la fois le payement et la subrogation énonce que les espèces ont été versées hors la vue du notaire et des témoins.—Il a, au contraire, été jugé, il est vrai, que la subrogation est nulle, lorsque l'acte de subrogation n'énonce pas d'une manière expresse le montant de la somme payée par le tiers, et laisse incertain le point de savoir à quelle époque un payement quelconque a été fait, et par conséquent si un payement a été fait en même temps que la subrogation ; et, par exemple qu'il y a nullité de l'acte de subrogation qui énonce seulement que le créancier primitif a été payé de la somme à lui due, *tant ci-devant que présentement*, partie des deniers du débiteur, partie des deniers du tiers subrogé, Cass, 13 août 1885, S. V. 55, 1, 769. Mais cet arrêt a été déterminé par des circonstances particulières, qui prouvent seulement que la solution de la question de savoir si le payement et la subrogation ont été simultanés réside souvent dans une appréciation de fait.—Il n'est pas douteux, d'ailleurs, que la convention de subroger pourrait précéder le payement et être ensuite réalisée dans la quittance, Marcadé, sur l'art. 1250. V. encore *inf.*, note 9.—Sur le point de savoir si le créancier qui subroge un tiers dans ses droits contre le débiteur est tenu à la garantie de l'existence de la créance, V. *inf.*, note 6.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier, qui est payé avec cette somme. Cette subrogation, qui peut d'ailleurs avoir lieu sans le consentement du créancier (1), n'est valable qu'autant que l'acte d'emprunt et la quittance (2) sont passés devant notaires (3), et que dans l'acte

(1) D'où il suit que ce créancier n'est pas tenu de fournir garantie, Delvincourt, sur l'art. 1250. [Il est bien évident que dans ce cas le créancier, étant resté étranger à la subrogation, ne devrait aucune garantie au subrogé, et que le subrogé n'aurait action que contre le debiteur qui lui a emprunté la somme destinée au payement, qui l'a subrogé et qui s'est par cela même obligé envers lui.—Mais c'est au contraire une question fort controversée, dans l'hypothèse d'une subrogation consentie par le créancier au profit du tiers qui le paye, que de savoir si le créancier est tenu de plein droit à la garantie de l'existence de la créance. V. dans le sens de la garantie, Cass, 4 fev. 1841, S. V., 46, 1, 97 : Montpellier, 15 déc. 1847, S. V., 48, 2, 525 ; Delvincourt, 2, p. 559 : Toullier, 7, n. 164 ; Duvergier, *Vente*, 2, n. 187 ; Poujol, *Des oblig*, 2, p. 183. V. en sens contraire, Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 333 *bis* ; Championnière et Rigaud, *Droits d'enreg.*, 2, n. 1248 ; Mourlon, p. 14 ; Gauthier, n. 96 et s.; Marcadé, sur l'art. 1250. Cette dernière opinion est seule conforme aux principes posés *sup.*, note 1, desquels il résulte que la subrogation n'est pas une cession de créance. Or, si le créancier qui subroge un tiers dans ses droits n'est pas un cédant, il en faut conclure qu'il ne doit pas garantie au subrogé qui n'est pas un cessionnaire. Mais comme en définitive, si la créance n'existe pas, le subrogé a payé au subrogeant ce qui ne lui était pas dû, il a contre lui une action en répétition de ce qu'il a indûment payé, c'est-à-dire du capital, et il n'a droit aux intérêts que s'il y avait mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, 1376, 1377 et 1378 ; Marcadé, *loc. cit.*—Si la subrogation était nulle, c'est d'après les circonstances qu'on devrait décider la question de savoir si le créancier est responsable de la nullité, Cass., 13 août 1855, S. V., 55, 1, 769.—Enfin, dans l'hypothèse d'une subrogation consentie par le débiteur au profit du prêteur, le prêteur subrogé a deux débiteurs, le débiteur auquel il prête, et celui vis-à-vis duquel il est subrogé, de telle sorte que s'il n'est pas payé par ce dernier, quel qu'en soit le motif, il peut se faire payer par son emprunteur.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Il faut donc deux actes authentiques. V. Cass., 14 nov. 1833, S. V., 33, 1, 828. [L'un énonçant que la somme a été empruntée pour faire le payement, l'autre que le payement a été fait des deniers empruntés. Il

d'emprunt il a été déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que dans la quittance il est déclaré que le payement a été fait des deniers fournis dans ce but (1).

ne suffirait pas que la destination et l'emploi des fonds empruntés fussent certains aux yeux des juges, Toullier, 7, n. 129, Marcadé, sur l'art. 1250 ; Toulouse, 31 mars 1832, S. V., 32, 2, 240. Mais les deux déclarations, la déclaration d'emprunt et la déclaration d'emploi, pourraient être réunies dans un seul et même acte, fait en présence de toutes les parties, qui constaterait à la fois le prêt fait au débiteur, et la quittance donnée par le créancier payé avec les deniers prêtés, Cass., 15 fév. 1832, S. V., 32, 1, 792. Toutefois il faut que l'emprunt et le payement résultent de l'acte notarié ; il ne suffirait pas que les parties déclarassent par acte devant notaire un emprunt et un payement antérieurs, Rouen, 21 mai 1852. S. V., 53, 2, 160. V. cependant Mourlon, p. 280 et s.—Sur le point de savoir s'il doit y avoir simultanéité entre l'emprunt et le payement, V. *inf.*, note 9.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) Merlin. *Rép*, v° *Consignation*, § 1 ; Delvincourt, *loc. cit.*

(1) Le payement peut être effectué tant par le bailleur de fonds que par le débiteur. Si le créancier refuse de déclarer dans la quittance l'origine des deniers, on peut lui faire des offres réelles conformément aux art. 1257 et s., Toullier, 7, n. 131. [Ces offres peuvent être faites tant par le débiteur que par le prêteur qu'il s'agit de subroger, Cass.. 11 juill. 1843, S. V. 44, 1. 379]—Dans quel délai le payement doit-il suivre l'emprunt ? La loi en remet la fixation à l'appréciation du juge. Cependant une présomption de fraude peut résulter de la longueur du temps révolu, Merlin, *Rép.*,v° *Subrog. de personnes*, sect. 2, n. 8, § 2 ; Toullier ; 7, n. 132. [La condition de la validité de la subrogation dont il s'agit, c'est la certitude de l'origine des deniers employés au payement ; peu importe donc le temps qui s'est écoulé entre l'emprunt et le payement qu'on déclare fait avec les deniers empruntés, si les juges reconnaissent comme certain que le payement de la dette a été fait avec ces derniers, Paris, 30 juin 1853, S. V., 53, 2, 481 ; Orléans, 12 juill. 1854, S. V., 54, 2, 561 ; Duranton, 12, n. 136 ; Mourlon, p. 272 ; Gauthier, n. 171. Mais la subrogation est nulle si les juges déclarent, eu égard à l'intervalle de temps qui s'est écoulé entre ces deux opérations et aux autres circonstances de la cause, que le payement n'a pas eu lieu réellement avec les espèces fournies par le prêteur, Orléans, 3 avril 1851, S. V., 51, 2, 555 ; et Cass., 16 mars 1852, S. V., 52, 1, 636.—Il faut dans tous les cas, pour la validité de la subrogatioa, qu'il y ait simultanéité entre le payement fait au créancier

Dans ces conditions, le prêt, bien que constituant une nouvelle créance (1), se trouve garanti de plein droit (2) par tous les droits qui, à un titre quelconque, se trouvaient attachés à la créance payée, art. 1250.

La subrogation légale a lieu au profit de celui qui paye une dette au payement de laquelle il est intéressé (3) ; c'est ce qui arrive dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un créancier paye un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques (4) ;

et la quittance du créancier constatant l'origine des deniers, Orléans, 10 janv. 1850, S. V., 51, 2, 4 ; Douai, 10 fév. 1853, S. V., 53, 2, 505 ; Gauthier, n. 168, V. cependant Mourlon, p. 284 et s.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Toullier, 7, n. 154 et s.

(2) Il n'est donc pas nécessaire que la subrogation soit faite d'une manière expresse, Merlin. *Rép.* v° *Privilège,* sect. 4, § 2 ; [Marcadé sur l'art. 1250. La subrogation résulte alors de l'accomplissement des conditions auxquelles elle est subordonnée et qui impliquent nécessairement la volonté de subroger.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) V. en ce qui touche le principe des dispositions de l'art. 1251, Delvincourt, sur cet article ; [Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation,* et *Quest.. ibid* ; Toullier, 7, n. 138.—Il est à remarquer d'ailleurs que toute personne interessée à faire un payement n'a pas le droit de prétendre à être subrogée dans les droits du créancier. La subrogation légale est de droit trict et n'a lieu, en droit civil, que dans les cas déterminés par l'art. 1251, Marcadé, sur l'art. 1251.—Sur les cas particuliers de subrogation légale en matière commerciale. V. Com., 159 et 164 ; et Massé, 5, n. 248, 256 et s.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(4) Le droit de se faire subroger appartient donc aux créanciers chirographaires aussi bien qu'aux créanciers hypothécaires. [Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation de personnes* ; Mourlon. p. 356 ; Gauthier, n. 224 ; Marcadé, sur l'art. 1251 ; Douai, 20 nov. 1839, S. V., 40, 2, 214 ;] Toullier, 7, n. 141 ; Delvincourt, sur l'art. 1251 ; Duranton, 12; n. 153 ; Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 356.—*Contrà*, Grenier, *Des hyp.*, n. 91 ; [Favard, *Rép.*, v° *Subrogation,* § 2, n. 2. Mais cette dernière opinion, qui était généralement suivie dans l'ancien droit, ne doit avoir aucune autorité sous le Code dont la disposition générale ne fait aucune distinction entre les

2o Lorsque l'acquéreur d'un immeuble emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers (1) auxquels l'im-

créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires.]—Il suffit, pour obtenir la subrogation, que le créancier qui paye soit postérieur au créancier. [Mais cette condition est indispensable ; et un créancier antérieur ne pourrait se faire subroger aux droits d'un créancier postérieur : en d'autres termes, la subrogation légale n'a lieu, aux termes de l'art. 1251, alin. 1, qu'autant que le créancier paye un autre créancier qui lui est préférable, parce que le motif juridique de la subrogation est l'intérêt de préférence des créanciers entre eux, et non l'intérêt qu'ils pourraient avoir en dehors de toute idée de préférence à se mettre au lieu et place d'un autre créancier, Grenier, n. 91 ; Toullier, 7, n. 141 ; Duranton, 12, n. 152 ; Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 337 ; Mourlon, p. 333 ; Gauthier, n. 221.—Mais tout créancier postérieur obtient sa subrogation aux droits du créancier préférable qu'il rembourse, lors même que le créancier remboursé se trouverait préférable à raison d'un droit de gage ou d'antichrèse : le gage et l'antichrèse ne constituent au fond qu'un privilège pour être payé, ce qui les fait rentrer dans les termes de l'art. 1251. Marcadé, sur l'art. 1251 ; Gauthier, n. 222.—*Contrà,* Mourlon, p. 258.—Sur la préférence résultant de l'action résolutoire, V, *inf*., note 21.] L'acquéreur d'un immeuble qui, après avoir payé son prix, paye un créancier inscrit sur l'immeuble, est subrogé à ce créancier, Duranton, 12, n. 157 et s. [V. sur ce point *inf.*, note 14.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Soit en vertu d'une convention particulière, soit sans convention, Colmar, 17 déc. 1825. [Cet arrêt juge que pour que l'acquéreur d'un immeuble soit subrogé légalement aux droits des créanciers hypothécaires, il n'est pas nécessaire qu'il leur ait payé directement son prix ; et que la subrogation a lieu quoique les créanciers aient été payés par le vendeur lui-même qui avait reçu le prix, mais sous l'obligation expresse de l'employer à l'acquittement des créances inscrites ; dans ce cas, en effet, le vendeur doit être considéré comme le mandataire de l'acquéreur. —Quant à l'acquéreur qui paye lui-même et directement les créanciers inscrits sur l'immeuble, il est légalement subrogé dans leurs droits alors même que son acte d'acquisition lui imposerait l'obligation de payer son prix aux créanciers inscrits sur l'immeuble : cette obligation ne le rend pas débiteur direct du créancier, Cass., 28 déc, 1853, S. V., 54, 1, 719, et 7 nov. 1854, S. V., 54, 1, 715 ; V., aussi Cass., 24 fév. 1846, S. V., 46, 1, 279.—Nous croyons également que l'acquéreur qui, après avoir payé son prix au vendeur, désintéresse les créanciers inscrits, leur est subrogé légalement, non pas précisément en vertu de l'alin. 2 de l'art. 1251 ; car

meuble est hypothéqué (1), jusqu'à concurrence du montant du prix de vente par lui dû à son vendeur (2);

alors ce n'est pas son prix qu'il leur paye, mais en vertu de l'alin. 3 du même article, parce qu'il paye la dette à laquelle il est tenu avec et pour son vendeur, Mourlon, p. 387, V. *inf.*, note 17. Mais celui qui, avant d'acheter, prête à un débiteur une somme destinée à l'acquit de dettes hypothécaires, n'est subrogé ni légalement ni conventionnellement aux droits des créanciers payés, au moyen de l'acquisition qu'il fait plus tard de l'immeuble hypothéqué, encore bien qu'il y ait déclaration d'emploi dans l'acte de vente et qu'il soit dit dans cet acte que cette déclaration est faite pour procurer la subrogation à l'acheteur, Duranton, 12, n. 158; Mourlon, p. 384; Gauthier, n. 287.—Pour que l'acquéreur, d'ailleurs, soit subrogé légalement aux droits des créanciers hypothécaires; il n'est pas nécessaire qu'il leur ait payé directement son prix, ni que l'emploi de ce prix à l'acquittement des créances inscrites soit expressément constaté par la quittance donnée par le vendeur à l'acquéreur ou par les quittances données par les créanciers inscrits au vendeur. Il suffit que cet emploi résulte de la corrélation entre l'époque de ces diverses quittances et de la simultanéité des payements faits par l'acquéreur au vendeur et par le vendeur aux créanciers, alors surtout que cet emploi était prescrit par le cahier des charges de la vente, Cass., 11 août 1852, S. V., 53, 1, 299.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Il y a controverse sur le point de savoir si l'acquéreur est alors subrogé dans tous les droits du créancier, ou seulement dans l'hypothèque dont l'immeuble acquis est grevé. L'opinion qui généralise l'effet de la subrogation paraît préférable, attendu que l'art. 1251 ne semble faire aucune restriction, Grenier, 2, n. 496; Delvincourt, sur l'art. 1251; Troplong, *Priv.. et hyp.*, n. 359; [Toullier, 7, n. 145; Duranton, 12, n. 161; Marcadé, sur l'art. 1251; Mourlon, p. 388; Gauthier, n. 270;] Cass., 15 janv. 1833, S. V., 33, 1, 81; 21 déc. 1836, S. V., 37, 1, 54; [15 avril 1844, S. V., 44, 1, 849, et 7 nov. 1854, S. V., 54, 1, 715.] Dans le sens de l'opinion contraire, V. Bourges, 10 juill. 1829; Paris 10 juin 1833, S. V., 33, 2, 451; [Favard, *Rép.*, vº *Subrogation*, § 2 n. 5. Mais cette dernière opinion, bien que généralement suivie dans l'ancien droit, ne peut prévaloir sous le droit nouveau en présence de la généralité des termes de l'art. 1251 : par l'effet de la subrogation l'acquéreur a tous les droits de celui dont il prend la place.] V. l'art. 874. (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Favard, vº *Subrogation*, § 2, n. 5.

[ARTICLE 1154.]

3° Lorsque celui qui était tenu avec d'autres ou pour d'autres (1) au payement d'une dette paye cette dette qu'il avait intérêt à acquitter (2) ;

4° Lorsque l'héritier bénéficiaire paye les créanciers de la succession de ses propres deniers (3), art. 1251.

La subrogation ne s'opère dans ces différents cas qu'autant qu'il y a eu un payement effectif (4).

(1) V. Cass., 14 nov. 1810. [Tel est le débiteur solidaire, la caution, le certificateur de caution, le mandataire. V. sur l'alin. 3 de l'art. 1251, Mourlon, p. 398 et s., et Gauthier, n. 310 et s. V. aussi Devilleneuve et Gilbert, *Table gén.*, v° *Subrogation*, n. 87 et s.—Il faut remarquer sur ce point qu'on n'est pas tenu avec un autre par cela seul qu'on s'est obligé conjointement avec un autre, toutes les fois qu'on ne peut être tenu à exécuter l'obligation que pour sa part. On est tenu avec un autre lorsqu'on est tenu de payer pour son coobligé, soit à raison de la solidarité, soit à raison de l'indivisibilité de la dette, de l'hypothèque ou du gage, Toullier, 7, n. 149 ; Duranton, 12, n. 176 ; Gauthier, n. 312. Mais, d'un autre côté, il a été jugé que pour que la subrogation légale s'opère, il n'est pas nécessaire que celui qui a payé fût tenu directement et personnellement, non plus qu'il fût passible de poursuites directes. Il suffit pour que le tiers soit réputé tenu de la dette, dans le sens de la loi, que cette dette doive, en certains cas donnés, être payée à son détriment. Tel est le cas où une femme mariée se trouve obligée de supporter le payement d'une dette au préjudice de ses reprises matrimoniales, Lyon, 4 août 1833, S. V., 55, 2, 50.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) [Il ne suffit pas d'avoir intérêt au payement d'une dette pour être subrogé en l'acquittant aux droits du créancier : il faut que l'intérêt résulte de ce qu'on est tenu de cette dette avec d'autres ou pour d'autres. V. la note qui précède.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) Mais la règle ne paraît pas applicable au curateur d'une succession vacante, Toullier, 7, n. 156, est d'un autre avis. (Note de MM. Massé et Vergé.)

(4) Cass., 14 juill. 1813 ; 15 juin 1820 ; Toulouse, 15 juin 1827. [V. aussi Paris, 20 août 1811. Aux termes de cet arrêt, l'acquéreur qui s'oblige personnellement à payer, dans un délai convenu, une créance hypothéquée sur l'immeuble acquis, n'est pas subrogé de plein droit au créancier : cette subrogation n'a lieu que du jour du payement effectif.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1154.]

La subrogation, qu'elle soit conventionnelle ou légale, a pour effet de faire entrer le créancier subrogé dans tous les droits du créancier qu'il a payé. Le subrogé peut donc exercer les droits du créancier contre les cautions du débiteur, de même que les droits de privilège et d'hypothèque attachés à la créance (1), art. 1252. V. cependant art. 875, 1213 et 2033 (2). Il est toutefois à remarquer que si le créancier auquel un tiers a été subrogé n'a été payé que partiellement, il prime le créancier subrogé pour ce qui lui reste dû (3), art. 1252.

Lorsqu'il y a plusieurs subrogés dans les droits résultant

(1) [Mais non dans l'action résolutoire du vendeur non payé : cette action ne peut passer au créancier par l'effet de la subrogation légale, parce que le vendeur non payé peut avoir intérêt à rentrer par la résolution dans la propriété de l'immeuble. Il n'est pas tenu dès lors d'accepter de payement offert par un autre créancier qui demande à être subrogé dans l'action résolutoire, le payement n'étant pas l'équivalent du droit de résolution dont le vendeur serait privé, Cass., 3 juill. 1854, S. V., 54, 1, 423, V. cependant Mourlon, p. 57 et 157. Mais il n'est pas douteux que l'action résolutoire peut être cédée par l'effet d'une subrogation conventionnelle, et que cette subrogation n'a pas besoin d'être faite en termes sacramentels : il suffit qu'elle soit clairement exprimée, Paris, 30 juin 1853, S. V., 53, 2, 481, V. *sup.*, note 4.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) La restriction que ces articles apportent aux règles sur la subrogation légale s'applique aussi à la subrogation conventionnelle, arg. art. 875 ; Duranton, 12, n. 168 : [Mourlon, p. 47.]—*Contrà*, Toullier, 7, n. 163. (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) *Nemo subrogat contrà se.*—La loi ne distingue pas entre les créanciers chirographaires et hypothécaires. V. cependant Duranton, 12, n. 186. [V. aussi Mourlon, p. 19. Il est évident que l'art. 1252 n'est applicable que s'il y a un droit de préférence pour l'excédant de la créance qui reste au créancier auquel a été fait un payement partiel. Si donc la créance partiellement payée n'est garantie ni par un privilège, ni par une hypothèque, ni par un cautionnement, le subrogé vient en concours avec le créancier partiellement payé et au même titre que lui ; il y a contribution entre eux.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

d'une seule et même créance, ils ont tous les mêmes droits proportionnellement à leur part dans la subrogation (1).

---

* *C. N.* 1249.—Semblable au texte.

1155. La subrogation est conventionnelle :

1. Lorsque le créancier en recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans tous ses droits

1155. Subrogation is conventional :

1. When the creditor, on receiving payment from a third person, subrogates him in all his rights

(1) V. Metz, 13 juill. 1820 ; Cass., 28 juill. 1823 ; [2 août 1820 ; Dijon, 10 juill. 1848, S. V., 48, 2, 609 ; Merlin, *Rép.*, v° *Subrog. de pers.*, sect. 2, § 8 ; Toullier, 7, n. 170 ; Duranton, 12, n. 188 et s.; Troplong, *Hyp. et priv.*, n. 379 et 381 ; Marcadé, sur l'art. 1252 ; Gauthier, n. 68.—*Contrà*, Mourlon, p. 39. Il est évident que tous les créanciers doivent concourir. En effet, l'antériorité de subrogation ne donne pas un droit de préférence ; la postériorité de subrogation n'en donne pas davantage, bien que le subrogeant partiellement payé par un premier subrogé ait un droit de préférence pour ce qui lui reste dû : la subrogation n'est pas une cession de la créance ou de la partie de créance qui reste au subrogeant, puisque le payement fait par le subrogé éteint la créance qui ne continue de subsister que par l'effet d'une fiction de droit, V. *sup*, note 1 : d'où la conséquence que, quant à ce droit de préférence, le subrogé ne se trouve pas au lieu et place du subrogeant. Mais il est également évident que si, au lieu d'une subrogation, il y avait une cession de la part du créancier de la portion de créance qui lui reste après une subrogation partielle opérée au profit d'un autre créancier, cette cession comprendrait le droit de préférence appartenant au cédant pour la portion cédée, Paris, 18 mars 1837, S. V., 37, 2, 243 ; Toullier, 7, n. 148 ; Duranton, 12, n. 188 ; Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 379 ; Marcadé, sur l'art. 1252 ; Gauthier, n. 69.]—Il ne faut pas confondre avec la subrogation dont il s'agit ici, le cas où un créancier hypothécaire renonce à son hypothèque au profit d'un autre créancier ou cède son hypothèque à un tiers, V. *inf.*, le titre des *Privilèges et hypothèques.* (Note de MM. Massé et Vergé.)

contre le débiteur. Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement ;

2. Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut pour que la subrogation en ce cas soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient notariés, [ou faits en présence de deux témoins qui signent]; que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme est empruntée pour payer la dette, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le paiement est fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier.

[La subrogation n'a d'effet contre les tiers dans les cas où l'acte d'emprunt et la quittance sont faits devant témoins, que du jour de leur enregistrement, qui doit se faire en la manière et suivant les

against the debtor. This subrogation must be express and made at the same time as the payment.

2. When the debtor borrows a sum for the purpose of paying his debt, and of subrogating the lender in the rights of the creditor. It is necessary to the validity of the subrogation in this case, that the act of loan and the acquittance be notarial [or be executed before two subscribing witnesses ;] that in the act of loan it be declared that the sum has been borrowed for the purpose of paying the debt, and that in the acquittance it be declared that the payment has been made with the moneys furnished by the new creditor for that purpose. This subrogation takes effect without the consent of the creditor.

[If the act of loan and the acquittance be executed before witnesses, the subrogation takes effect against third persons from the date only of their registration, which is to be made in the manner and

règles prescrites pour l'enregistrement des hypothèques.]

according to the rules provided by law for the registration of hypothecs.]

Sirey et Gilbert, Supp., sur art. 1250 *C. N.* } 1. Le paiement et la subrogation ne cessent pas d'être simultanés par cela seul que la quittance, qui constate à la fois le paiement et la subrogation, énonce que les espèces ont été versées hors la vue du notaire et des témoins.— Cass. 31 mai 1848. [S.V.48.1 427.-P.48.2.534.-D.P.48.1.209.]— 6 nov. 1854. [S.V.54.1.756.-P. 56.2.435.-D.P.54.1.248.]—En ce sens, Gauthier, *Subrogat.*, nos 111 et s.; Aubry et Rau, d'après Zachariæ, t. 3, § 321, p. 119; Mourlon, *Subrogat.*, p. 224; Larombière, sur l'art. 1250, no 6; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 563, note 5.

2. Il en est de même, bien que le paiement effectué, non en espèces, mais au moyen d'une inscription sur les livres du créancier au débit du tiers qui l'a opéré, ait eu lieu, en réalité, antérieurement à l'acte de subrogation, s'il est constant que ce tiers n'avait entendu acquitter la dette que moyennant subrogation, et n'a accepté l'inscription dont il s'agit que le jour même de la quittance subrogative.— Cass. 14 déc. 1858. [S.V.60.1.987.-P.60.929.-D.P.59.1.150.]

3.-4. Mais la subrogation est nulle lorsque l'acte de subrogation n'énonce pas d'une manière erpresse le montant de la somme payée par le tiers subrogé, et laisse incertain le point de savoir à quelle époque un paiement quelconque a été fait, et par conséquent si un paiement a été fait en même temps que la subrogation. Spécialement, est nul l'acte de subrogation qui se borne à énoncer que le créancier primitif a été payé de la somme à lui due, *tant ci-devant que présentement*, partie des deniers du débiteur, partie des deniers du tiers subrogé.—Cass. 13 août 1855. [S.V.55.1.769-P.56.1.113-D.P.56.1. 165]—En ce sens, Devilleneuve, observ. S-V. *loc. cit.*; Gauthier, nos 113 et s.; Larombière, *loc. cit.*—V. toutefois Massé et Vergé, *loc. cit.*

5. La subrogation n'est autorisée qu'autant que le paiement du créancier a été fait par le tiers prétendu subrogé. Il n'y a pas subrogation valable au profit du tiers, si le paiement a été fait par le débiteur, avec des fonds prêtés par ce tiers, tant avant que lors de ce paiement.—Gauthier, nº 167 ; Aubry et Rau, d'après Zachariæ, t. 3, § 324, note 3 ; Boileux, sur l'art. 1250 ; Larombière, *id.*, nº 7—V. *Code annoté*, nºs 10 et 11.

6. Au cas de subrogation consentie par un commerçant à un autre commerçant, les juges peuvent puiser dans les faits et circonstances de la cause la preuve du paiement effectué par le subrogé au subrogeant du montant de sa créance, et celle de la concomitance de ce paiement avec la subrogation. —Cass. 2 juin 1863. S-V.63.1.335-P.63.1075-D.P.63.1.338].—V. ci-après, nº 14.

7. Le mandat donné à un huissier de procéder à l'exécution du jugement qui condamne le tireur d'une lettre de change à en payer le montant, et de procéder, faute de paiement, à l'arrestation du débiteur, n'emporte pas le mandat de subroger dans tous les droits du porteur contre les endosseurs le tiers qui se présente pour payer aux lieu et place du tireur—Cass. 2 août 1848. [S-V.48.1.695-P.48.2.629-D.P.48.1.206.]

8. Jugé en sens contraire que la subrogation consentie par l'huissier chargé du recouvrement d'une créance au profit d'un tiers qui lui paie le montant de cette créance est valable, quoique l'huissier n'eût pas pouvoir spécial à cet égard : il doit être réputé avoir agi et pu agir en ce cas comme *negotiorum gestor* du créancier—Nancy, 3 mai 1856. [S-V.56.2.327-P. 56.2.309-D.P.56.2.261.]

9. En tous cas, une telle subrogation est valable lorsqu'elle a été ensuite ratifiée par le créancier... Et cette ratification résulte de l'encaissement fait par le créancier des fonds versés aux mains de l'huissier par le tiers subrogé—Cass. 7 avril 1858. [S-V58.1.810-P. 59.443-D.P.58.1.155.]—En ce sens, Gauthier, nº 104 *bis ;* Larombière, nº 30.

10. La subrogation consentie par le créancier peut avoir lieu par un simple acte sous seing privé— Angers, 25 janvier

1849. [S-V.49.2.428-P.49.2.415-D.P.49.2.180]— Cass. 20 janvier 1857. [S.V.57.1.332-P.57.904-D.P.57.1.309]—En ce sens, Gauthier, nº 117 ; Mourlon, p. 249 ; Aubry et Rau, t. 3, § 321, note 4 ; Massé et Vergé, t. 3, § 563, note 3 ; Larombière, nº 33.

11. Et il n'est pas nécessaire qu'elle ait date certaine pour pouvoir être opposée au débiteur ou à ses représentants—Cass. 20 janv. 1857, cité ci-dessus.

12. Mais il en est autrement à l'égard des tiers—Aubry et Rau, Massé et Vergé, *ubi suprà.*

13. Toutefois, la subrogation consentie par le créancier dans une quittance par acte sous seing privé est opposable, bien qu'elle n'ait pas acquis date certaine, aux tiers qui se prévalent de la quittance pour soutenir que la créance est éteinte—Cass. 7 avril 1858. [S-V.58.1.810-P.59.443-D.P.58.1.155.]

14. En matière commerciale, la preuve de la subrogation peut résulter soit de la correspondance et des livres des parties, soit d'un acte signé de ces dernières, quoique n'ayant pas date certaine— Cass. 14 déc. 1858. [S-V.60.1.987-P.60.929-D.P. 59.1.150.]—V. *suprà*, nº 6.

15. Le créancier subrogeant est obligé à la garantie de l'existence de la créance, comme l'est un cédant—Cass. 4 fév. 1846. [S-V.46.1.97-P.48.1.489-D.P.46.1.49—En ce sens, Poujol, *Oblig.*, t. 2, p. 183—*Contrà*, Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, t. 2, nº 1248; Mourlon, p. 14 ; Gauthier, nºs 96 et s. ; Marcadé, sur l'art. 1250 ; Aubry et Rau, t. 3, § 321, note 18 ; Massé et Vergé, t. 3, § 563, note 6—V. *Code annoté*, nº 21.

16. *Id......* Surtout il en est ainsi, lorsque le subrogeant a déclaré garantir que la créance était due et non payée—Montpellier, 15 déc. 1847. [S-V.48.2.525-P.48.1.489-D.P.48.2.29.]

19. Le créancier ou le vendeur, qui a reçu, au moyen d'une somme prêtée au débiteur ou acquéreur, le paiement de la totalité ou d'une partie de sa créance ou de son prix de vente, sans avoir subrogé le prêteur dans ses droits et actions, n'est pas responsable envers celui-ci du défaut de subrogation, par cela seul qu'il aurait su, au moment du paiement, que le prêt n'aurait été consenti au débiteur ou acquéreur que sous la

condition expresse de la subrogation—Cass. 24 nov. 1856. [S-V.57.1.603-P.57.141.]

20. La subrogation consentie par le débiteur au profit du tiers qui lui prête une somme pour payer son créancier, ne doit point être considérée comme émanant du créancier lui-même, et comme étant dès lors régie par le § 1er de l'art. 1250, et non par le 2e § de cet article, encore bien que le créancier ait concouru à l'acte contenant cette subrogation—Nîmes, 29 janv. 1861. [S-V.62.2.433-P.63.82.

21. Pour qu'il y ait subrogation du prêteur de fonds aux droits et privilèges du créancier payé avec les deniers prêtés, il faut absolument que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, et constatent l'un que la somme a été empruntée pour faire le paiement, l'autre, que le paiement a été fait des deniers empruntés. Il ne suffirait pas que les parties déclarassent, par acte devant notaire, un emprunt et un paiement antérieurs—Rouen, 21 mai 1852. [S-V.53.2.160-P.54.1.575]—En ce sens, Larombière, n° 78, p. 280 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 563, note 7 ; Aubry et Rau, d'après Zachariæ, t. 3, § 321, texte et note 24 ; Rivière, *Jurispr. de la Cour de cass.*, n° 371—V. toutefois Mourlon, p. 280 et s.

22. La subrogation consentie par le débiteur n'est point nulle, par cela seul que la somme prêtée n'a pas été remise au débiteur au moment même de l'acte d'emprunt, et que le versement qui en a été effectué quelque temps après entre ses mains n'a été constaté que par une quittance sous seing privé, si le créancier qu'elle a servi à payer en a donné lui-même ultérieurement une quittance authentique, et si les circonstances ne permettent pas de douter de l'origine des deniers et de la sincérité de l'opération—Nîmes, 29 janv. 1861. [S-V.62.2.433-P.63.82]—Cass. 28 avril 1863. [S-V.63.1.289-P.64.579-D.P.63.4.331.]

23 *Id.* bien que l'acte notarié qui renferme la subrogation et qui contient l'obligation de la part de l'emprunteur, mentionne que l'emprunt a eu lieu à une date antérieure, s'il est d'ailleurs constant que l'emprunt et l'obligation ne forment

qu'un seul et même contrat; et à cet égard, l'appréciation des juges du fond est souveraine— Cass. 14 fév. 1865. [S-V.65.1 190–P.65.431.]

24. Egalement, la subrogation n'est pas nécessairement nulle et sans effet, par cela seul que le versement des deniers entre les mains du créancier n'a pas eu lieu immédiatement après la réalisation de l'emprunt : bien qu'il se soit écoulé un espace de temps plus ou moins long entre ces deux actes, la subrogation n'en doit pas moins être déclarée valable, si les juges reconnaissent comme certain que le paiement de la dette a été réellement fait avec les deniers empruntés—Paris, 30 juin 1853. [S-V.53.2.481–P.53.2.333–D.P.54.2.169]— Orléans, 12 juill. 1854. [S-V.54.2.561.–P.56.1.185.–D.P.56.1.61.]—En ce sens, Gauthier, nos 171 et 172 ; Larombière, no 84 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 563, note 9 ; Aubry et Rau, d'après Zachariæ, t. 3, § 321, texte et note 29.

25. Mais la subrogation est nulle si les juges déclarent, eu égard à l'intervalle de temps qui s'est écoulé entre ces deux opérations et aux autres circonstances de la cause, que le paiement n'a pas eu lieu réellement avec les espèces fournies par le prêteur.— Orléans, 3 avril 1851. [S-V.51.2.555–P.51.1. 431–D.P.51.2.66.—Cass. 16 mars 1852. [S-V.52.1.636–P.52.2.129–D.P.52.1.103—Conf., Massé et Vergé, *loc. cit.;* Aubry et Rau, p. 124 ; Gauthier, no 172.

26. *Id.* lorsque l'acte de subrogation n'énonce pas d'une manière expresse le montant de la somme employée au paiement du créancier, et qu'il porte, par exemple, que les deniers prêtés ont en partie été touchés par le débiteur et ont pour l'autre partie servi à acquitter sa dette : il ne peut, d'ailleurs, être suppléé à l'insuffisance des énonciations de l'acte à cet égard par des preuves prises en dehors de cet acte, et puisées, notamment, dans les livres de commerce du créancier.—Nîmes, 21 mai 1860. [S-V.60.2.303–P.61.487.]

27. *Id.* lorsque la date de la quittance est postérieure au jour du paiement—Orléans, 10 janv. 1850. [S-V.51.2.4–P.50.1 68–D.P.51.2.124]—Orléans, 3 avril 1851. [S-V.51.2.555–P.51.1.

431-D.P.51.2.66]—Douai, 10 fév. 1853. [S-V.53.2.305-P.54.2.45.-D.P.54.2.199]—En ce sens, Gauthier, n° 168 ; Larombière, n° 77 ; Massé et Vergé, *loc. cit.;* Aubry et Rau, d'après Zachariæ, t. 3, § 321, p. 120—V. toutefois Mourlon, p. 284 et s.

28. Celui qui, copropriétaire avec d'autres d'un terrain acquis en commun, devient, par suite de partage, propriétaire exclusif d'une parcelle de ce terrain et y élève des constructions, a le droit, si, plus tard, à raison du non-paiement du prix de vente, cette parcelle est expropriée et que le vendeur touche, en vertu de son privilège, la totalité du prix, de se faire subroger au privilège de ce vendeur, jusqu'à concurrence de la valeur des constructions : vainement dirait-on que ce constructeur ayant, en réalité, payé le vendeur, non de ses deniers, mais avec son immeuble, l'une des conditions exigées pour la validité de la subrogation fait défaut—Cass. 14 déc. 1864. [S-V.65.1.188-P.65.428.]

29. La subrogation consentie par le créancier, au profit du prêteur des deniers employés à le payer, dans ses droits contre les codébiteurs solidaires, a effet même en ce qui touche ceux des codébiteurs, à l'égard desquels l'acte d'emprunt qui a précédé le paiement serait annulable.—Cass. 9 déc. 1863. [S-V.64.1.177-P.64.649-D.P.64.1.299.]

30. Au cas où l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué paye les créanciers inscrits sur cet immeuble avec des deniers à lui prêtés par un tiers, la subrogation qu'il a consentie au profit du prêteur dans les droits et actions de ces créanciers est valable, et autorise le subrogé à exiger le remboursement de la somme prêtée, sur le prix de revente des biens, par préférence au vendeur primitif, pour la portion du prix lui restant due, ou à ses autres créanciers non payés.— Nîmes, 29 janv. 1861. [S-V.62.2.433-P.63.82.—Cass. 28 avril 1863. [S-V.63.1.289-P.64.579-D.P.63.1.331.]— En ce sens, Troplong, *Privil. et hyp.*, t. 4, n° 234 ; Mourlon, *Subrog.*, p. 303 et s., et *Exam. du comm. de M. Troplong*, n° 168 (lequel, toutefois, ne se prononce pas d'une manière absolue) ; Caqueray, *Rev. prat.*, t. 6, p. 93 et s. ; Larombière, t. 3, sur l'art. 1252, n° 39.— *Contrà*, Merlin,

Rép., v° *Subrog. de pers.*, sect. 2, § 8, n° 7 ; Toullier, t. 7, n° 171 ; Delvincourt, t. 2, p. 565 ; Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 394-1° ; Duranton. t. 12, n° 189 ; Persil, *Rég. hyp.*, t. 1, sur l'art. 2106, § 2, n° 10 ; Pont, *Priv. et hyp.*, n° 225 ; Gauthier, *Subrog. de pers.*, n°s 198 et s. ; Barillet, *Rev. prat.*, t. 14, p. 20 et s., 113 et s. ; Dutruc, notes sur les arrêts ci-dessus, S-V. *loc. cit.* V. aussi Toulouse, 29 fév. 1844. [P.44.2.47.]

31. Mais celui qui a été subrogé dans les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés contre un acquéreur dont il paie le prix d'acquisition, cesse de pouvoir se prévaloir de cette subrogation vis-à-vis des créanciers personnels de son débiteur, quand il a consenti à la radiation des inscriptions de privilèges et d'hypothèques, dans l'effet desquelles il avait été subrogé.—Il en est ainsi alors même que ce débiteur viendrait plus tard à tomber en faillite.— Cass. 1er juill. 1857. [S-V-58.1.206.-P.58.951.-D.P.57.1.438.]

32. La subrogation dans les droits du vendeur consentie par l'acquéreur au profit de celui qui lui prête les deniers nécessaires pour le paiement du prix de vente, comprend l'action en résolution qui appartient au vendeur pour défaut de paiement de son prix.—Grenoble, 5 janv. 1826 (C.N.8.]—Bourges, 19 juin 1838. [S-V.53.2.481, note.]—Paris, 30 juin 1853. [S V.53.2.481.- P.53.2.333.- D.P.54.2.169.]— Grenoble, 13 mars 1858. [S-V.59.2.209.-P.58.887.-D.P.58.2.176.]— En ce sens, Mourlon, p. 37 et 157.— *Contrà*, Coin-Delisle, *Rev. crit.*, t. 4, p. 417.—V. *inf.*, art. 1251, n° 13.

33. La subrogation conventionnelle dans les droits et actions d'un créancier, comprend aussi l'action en responsabilité qui appartient à ce créancier contre le notaire rédacteur de l'acte d'obligation à raison de l'irrégularité de cet acte.—Cass. 9 déc. 1863. [S-V.64.1.177.-P.64.649.-D.P.64.1.299.]

---

* *C. N.* 1250. } Cette subrogation est conventionnelle, — 1° lorsque le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, ac-

tions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur ; cette subrogation doit être faite en même temps que le payement ; 2o lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires ; que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier.

1156. La subrogation a lieu par le seul effet de la loi et sans demande :

1. Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques ;

2. [Au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui paie un créancier auquel cet immeuble est hypothéqué ;]

3. [Au profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres, et qu'il a intérêt d'acquitter ;]

4. Au profit de l'héritier bénéficiaire qui paie

1156. Subrogation takes place by the sole operation of law and without demand :

1. In favor of a creditor who pays another creditor whose claim is preferable to his by reason of previlege or hypothec ;

2. [In favor of the purchaser of immoveable property who pays a creditor to whom the property is hypothecated ;

3. In favor of a party who pays a debt for which he is held with others or for others, and has an interest in paying it ;]

4. In favor of a beneficiary heir who pays a debt

de ses propres deniers une dette de la succession

5. Lorsqu'une rente ou dette due par l'un des époux a été rachetée ou payée des deniers de la communauté; en ce cas, l'autre conjoint est subrogé jusqu'à concurrence de sa part de communauté, aux droits du créancier.

of the succession with his own moneys;

5. When a rent or debt due by one consort alone has been redeemed or paid with the moneys of the community; in this case the other consort is subrogated in the rights of the creditor according to the share of such consort in the community.

Voy. autorités sur arts. 1154, 1155.

---

10 *Pand. frs., sur art.* 1251 *C. N.* } 199. Le § 3 de cet article introduit un Droit nouveau. Jusqu'à présent le codébiteur solidaire qui avait payé la dette entière, ou la caution qui avait acquitté celle du débiteur principal, n'obtenait pas de plein droit la subrogation aux privilèges et hypothèques du créancier. Ils étaient obligés de la requérir. Suivant le Droit Romain, ils devaient l'obtenir soit du créancier lui-même s'il y consentait, soit du juge lorsque le créancier s'y refusait.

Dans notre jurisprudence, il suffisait qu'ils l'eussent requise. La Loi suppléait à la volonté du créancier. Il n'était pas nécessaire de le faire assigner ni condamner à céder ses actions. Mais, si la subrogation n'avait pas été demandée, elle n'avait pas lieu.

C. N. 1251. } La subrogation a lieu de plein droit,

1° Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques;

[ARTICLE 1157.]

2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ;

3° Au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ;

4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.

1157. La subrogation énoncée dans les articles précédents a effet tant contre les cautions que contre le débiteur principal. Elle ne peut préjudicier aux droits du créancier, lorsqu'il n'a reçu qu'une partie de sa créance ; il peut, en ce cas, exercer ses droits pour tout ce qui lui reste dû, de préférence à celui dont il n'a reçu que partie de sa créance.

1157. The subrogation declared in the preceding articles takes effect as well against sureties as against principal debtors. It cannot prejudice the rights of the creditor when he has been paid in part only ; in such case he may enforce his rights for whatever remains due, in preference to him from whom he has received payment in part.

Voy. autorités sur art. 1154, 1155, 1156.

---

* 1 *Pothier (Bugnet), Introd. au tit.* 20 *de la Cout. d'Orléans, n°* 83 *et s.* } 83. *Premier principe.*—Lorsqu'un débiteur paie ce qu'il doit, la subrogation aux droits de son créancier ne peut lui être utile, et avoir d'effet qu'autant qu'il a recours contre quelqu'un pour ce qu'il a payé.— Suivant ce principe, lorsqu'un fidéjusseur paie, la subrogation aux droits du créancier a effet pour tout ce qu'il a payé : car il a un recours pour ce qu'il a payé contre le débiteur, et comme l'action

qu'il a de son chef pour ce recours, peut n'avoir pas les mêmes privilèges et hypothèques qu'avait la créance qu'il a acquittée, il a intérêt d'y être subrogé (1).—Au contraire, lorsque le débiteur principal paie ce qu'il doit, inutilement se ferait-il subroger aux droits du créancier, puisqu'il n'a pas de recours pour ce qu'il a payé.—Si néanmoins quelqu'un était obligé de l'indemniser de cette dette, il pourrait se faire utilement subroger aux droits du créancier contre celui qui est tenu de l'indemniser, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 75.

84. Suivant les mêmes principes, lorsqu'un codébiteur paie, il peut bien se faire subroger aux droits du créancier pour les portions de ses codébiteurs, mais non pour la sienne, pour laquelle il n'a pas de recours ; *V. Traité des obligations*, n° 275. —De là naît la question, si, sa portion confuse, pour laquelle il ne peut acquérir de subrogation, il peut, pour le surplus, exercer les actions du créancier solidairement contre chacun de ses codébiteurs ? Il semble d'abord qu'il le peut, puisque la subrogation donne au subrogé le droit d'exercer toutes les actions du créancier comme le créancier aurait pu les exercer lui-même, le subrogé étant comme le procureur *in rem suam* de ce créancier : telle était la jurisprudence du seizième siècle, suivant les arrêts rapportés par Leprêtre (1re cent. ch. 5, et 2e, ch. 56). Néanmoins l'opinion la plus commune, confirmée par des arrêts plus modernes, des 22 février 1650 et 5 septembre 1674, cités par Renusson (ch. 8, nos 5 et 10), est qu'il ne peut les exercer contre chacun de ses codébiteurs que pour leur portion. La raison est qu'autrement il y aurait un circuit d'actions : car mon codébiteur n'étant tenu solidairement envers le créancier qu'à la charge, qu'en payant le total, il sera subrogé à ses droits ; s'il me paie le total, il deviendra lui-même, au lieu de moi, subrogé aux droits du créancier, et il pourra agir solidairement contre moi, sa portion confuse, comme étant moi-même l'un des codébiteurs solidaires, pour me faire rendre ce que je lui aurai payé. On cite aussi pour

(1) *V.* art. 2029, C. civ.

ce dernier sentiment la loi 5 ff. *de Censibus*, qui n'est pas néanmoins décisive (1).— Observez que, dans l'une comme dans l'autre opinion, les caducités des portions des codébiteurs insolvables, doivent se répartir entre le subrogé qui a payé le total, et ses codébiteurs solvables.—Le même recours que le codébiteur subrogé a contre chacun de ses codébiteurs, il l'a, et de la même manière, contre les fidéjusseurs de chacun de ses codébiteurs.

85. *Deuxième principe.*—Il y a cette différence, quant à l'effet de la subrogation, entre la subrogation d'un nouveau créancier aux droits de l'ancien, qui se fait par la convention entre ce nouveau créancier et le débiteur, et les autres subrogations, que dans les autres subrogations les droits du créancier passent toujours au subrogé tels et dans la même nature que cet autre créancier les aurait exercés lui-même ; au lieu que, dans le cas de subrogation d'un nouveau créancier aux droits de l'ancien, les droits de l'ancien créancier ne passent pas toujours au nouveau tels et dans la même nature qu'ils étaient, mais modifiés, et comme convertis en la nature de la créance qui résulte du contrat intervenu entre le nouveau créancier et le débiteur ; de manière néanmoins que le nouveau ne puisse jamais, en vertu de la subrogation, avoir plus qu'aurait pu avoir l'ancien.—Ce principe s'éclaircira par des exemples. Dans les subrogations ordinaires, lorsque, par exemple, un débiteur de rente foncière la rachète et se fait subroger aux droits du créancier, les droits de ce créancier lui passent dans la nature du droit de rente foncière : il devient par la subrogation un vrai créancier de rente foncière, et peut exercer contre ses codébiteurs tous les droits qui sont

(1) En admettant que l'action du subrogé a son principe, non pas dans une prétendue cession des droits du créancier, mais dans la gestion utile des affaires du débiteur ; on explique bien mieux pourquoi le recours du subrogé ne doit comprendre que les portions de chacun des autres codébiteurs, car il n'a géré utilement pour chacun d'eux que pour la part que chacun devait définitivement supporter. (Bugnet).

propres aux seigneurs de rente foncière (1). Au contraire, lorsque le débiteur d'une rente foncière constitue à un nouveau créancier cinquante livres de rente pour le prix de mille livres, avec promesse qu'il emploiera cette somme au rachat de la rente foncière, et le fera subroger aux droits du créancier de cette rente, ces droits ne passent pas par la subrogation au nouveau créancier dans leur nature de rente foncière, mais modifiés et convertis en celle d'une rente constituée, et il ne peut pas exercer ceux qui sont propres aux seigneurs de rente foncière. — Pareillement, lorsque le débiteur d'une somme de 4,000 livres exigible, a constitué au nouveau créancier 200 livres de rente pour le prix de pareille somme de 4,000 livres, avec promesse de les employer à payer l'ancien créancier, et de faire subroger le nouveau aux droits de cet ancien, la subrogation ne fera pas passer à ce nouveau créancier les droits de l'ancien dans leur nature de créance exigible, mais dans la nature d'un principal de rente.

86. Nous avons observé que le nouveau créancier ne pouvait par la subrogation avoir plus que ce qu'aurait pu avoir

(1) Cette décision ne peut se soutenir qu'en transformant la subrogation en une cession : car autrement il est évident que celui qui a payé la dette d'autrui, et qui pour cela n'a déboursé que de l'argent, ne peut pas avoir droit à un immeuble qu'il n'a point aliéné.

La question peut se présenter aujourd'hui dans une autre hypothèse, *Putà :* Paul vend à Pierre un immeuble moyennant 20,000 fr. Louis se porte caution de Pierre ; et plus tard, Louis paie les 20,000 fr., prix de la vente. Voilà Louis subrogé aux droits de Paul (art. 2029 C. civ.) : Mais quels sont ces droits ?

Paul, en qualité de vendeur, avait deux droits très distincts.—1° Il pouvait demander la résolution ;— 2° exercer le privilège du vendeur.

Louis a-t-il les mêmes avantages ? Nous ne pouvons le croire : La résolution de la vente suppose la non-exécution des obligations de l'acheteur, et c'est pour cela même qu'elle aurait été prononcée sur la demande de Paul vendeur : mais il est évident que le paiement, quoique effectué par Louis, a éteint la dette de Pierre, acheteur ; la vente est donc exécutée de part et d'autre, la résolution ne peut donc être demandée pour cause d'inexécution : Louis n'a donc d'autre garantie que celle du privilège. (Bugnet).

l'ancien. C'est pourquoi si le débiteur d'un principal de 10,000 livres au denier vingt, dont il était dû 2,000 livres d'arrérages, constitue à un nouveau créancier 600 livres de rente pour une somme de 12,000 livres, avec promesse de l'employer au paiement du principal et des arrérages de l'ancienne rente, et d'y faire subroger le nouveau créancier, ce nouveau créancier pourra bien, comme subrogé à l'ancien, être colloqué pour son principal de 12,000 livres, au même rang auquel aurait été colloqué l'ancien pour son principal de 10,000 livres, et les 2,000 livres d'arrérages qui lui en étaient dus ; mais il ne pourra être colloqué dans cet ordre pour les arrérages de son principal que sur le pied de 500 livres par an, puisque l'ancien créancier n'avait qu'une rente de 500 livres par an : pour les 100 livres de surplus par chacun an, il ne sera colloqué que du jour de son propre contrat.—Si la nouvelle rente n'était constituée qu'au denier 25, et ne produisait que 480 livres par an, rien n'empêcherait qu'il ne fût colloqué dans le même rang que l'ancien créancier, pour tout son principal et tous ses arrérages.

87. *Troisième principe.*— Lorsqu'un créancier a reçu en différents temps, différentes portions de sa dette, de différentes personnes, qu'il a subrogées à ses droits pour les portions qu'il recevait d'elles, et qu'il reste encore créancier d'une partie, toutes ces différentes personnes doivent venir entre elles par concurrence ; mais il doit leur être préféré (1).— La raison de la première partie de la maxime est évidente : la raison de la seconde, est que la subrogation ne peut jamais être opposée ni préjudicier au créancier qui a subrogé. *V.* arrêt du 6 juin 1712, au t. 6 du journal, liv. 2, ch. 3.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 280. } 280. Le débiteur solidaire qui paie le total, peut n'éteindre absolument la dette que pour la part qu'il est tenu de payer pour soi, et

(1) *V.* art. 1252, C. civ.

sans recours (1). Voy. *suprà*, nº 264.) Il a le droit de se faire céder les actions du créancier pour le surplus contre ses débiteurs ; et au moyen de cette cession d'actions, il est censé en quelque façon plutôt d'acheter la créance du créancier pour le surplus contre ses codébiteurs, que l'avoir acquittée : *Creditor non in solutum accepit, sed quodammodo nomen creditoris vendidi* (2) ; L. ff. 36, *de Fidejus.*

(1) Ce qui n'aurait lieu qu'au cas prévu par l'art. 1216, en supposant le paiement effectué par celui qui, en réalité, était le seul débiteur. (BUGNET.)

(2) Voilà un de ces fragments dont il est facile d'abuser : et nous croyons qu'on en a en effet tiré des conséquences fort exagérées. Il ne sera pas inutile de mettre ce texte en entier sous les yeux du lecteur.

Mais auparavant il faut savoir que lorsqu'il y avait plusieurs fidéjusseurs d'un même débiteur, et que l'un d'eux avait payé le total de la dette, il n'avait pas de recours contre les autres cofidéjusseurs, il ne pouvait agir que contre le débiteur *actione mandati ;* si donc le débiteur était insolvable, le fidéjusseur qui avait payé supportait en définitive lui seul toute la perte.

Voilà un résultat qui parut inique ; aussi les jurisconsultes romains, non moins ingénieux que partisans de l'équité, cherchèrent-ils à éviter cet inconvénient, et pour cela ils supposèrent une espèce de cession d'actions que le créancier aurait faite à celui de qui il avait reçu le paiement.

Cela posé, voici comment s'exprime le jurisconsulte Paul dans cette loi 36, ff. *de Fidej.* : " *Cum is, qui et reum, et fidejussores habens, ab uno " ex fidejussoribus acceptâ pecuniâ præstat actiones, poterit quidem " dici nullas jam esse, cum suum perceperit, et perceptione omnes libe- " rati sunt :* " oui sans doute, on pourrait dire cela, et on aurait raison : ce langage serait parfaitement conforme aux principes qui veulent que le paiement fait, même par un fidéjusseur, éteigne toute la dette, libère en conséquence tous ceux qui en étaient tenus, soit principalement, soit accessoirement : donc, le créancier n'ayant plus de droit, n'en pouvait plus céder : *cum nulla actio superfuerit.*

Voilà précisément ce qui effraie le jurisconsulte : alors, préférant l'équité à la rigueur du principe, il s'empresse d'ajouter : " *Sed non ità " est, non enim in solutum accepit* " (ici commence la fiction, c'est-à-dire le contraire de la vérité) " *sed* QUODAMMODO *nomen debitoris vendi-*

Le créancier ne peut refuser cette subrogation ou cession de ses actions au débiteur solidaire qui paie le total, lorsqu'il la lui demande : et même s'il était mis hors d'état de pouvoir les céder contre quelqu'un (1), il donnerait atteinte à son droit de solidité, comme il a été dit *suprà*.

Il y a plus : lorsque le débiteur a, par l'acte de paiement, requís la subrogation, quand même le créancier la lui aurait expressément refusée, le débiteur, selon nos usages, ne laisse pas de jouir de cette subrogation, en tous les droits et actions du créancier (2).

Quid, si le débiteur avait payé sans requérir la subrogation ?

Il ne pourrait plus par la suite se faire subroger aux actions du créancier : car le paiement pur et simple qu'il aurait fait, ayant éteint entièrement la créance et toutes les actions et droits qui en résultent, on ne peut plus par la suite lui céder ce qui n'existe plus (3) : *Si post solutum, sine nullo*

" *dit, et ideo habet actiones quia tenetur ad ipsum, ut præstet actiones.*"

On trouvera le même raisonnement dans la loi 76, ff. *de Solutionibus* avec des circonstances et des détails plus précis.

Mais, en vérité, tout cela est-il donc bien raisonnable et bien fondé ? Il est permis d'en douter.

Le codébiteur, tenu personnellement du total, qui paie sa dette, a-t-il donc la pensée d'acheter une créance ? Le créancier qui reçoit ce qui lui est dû, entend-il vendre ? Y aura-t-il entre eux des discussions sur le montant du prix ? Y a-t-il spéculation, intention de réaliser un gain ? Non, évidemment non : le débiteur veut et entend payer ; le créancier reçoit ce qui lui est dû : SOLUTUM *accepit*, quoi qu'en dise Paul.

Aujourd'hui, puisque notre loi, fort équitable en cette matière, admet le recours de celui qui a payé, contre les coobligés, et qu'attendu les circonstances dans lesquelles le paiement a eu lieu, cette même loi accorde les priviléges et hypothèques de la dette primitive à la dette nouvelle, à quoi bon recourir à cette fiction de vente et d'achat de créance ? (BUGNET.)

(1) *V.* art. 2037, C. civ.

(2) *V.* art. 1251, § 3, C. civ.

(3) Puisque la loi nouvelle donne de droit la subrogation, cette décision de Pothier ne doit plus avoir lieu aujourd'hui. (BUGNET.)

pacto, omne quod ex causâ tutelæ debetur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil eâ cessione actum, cùm nulla actio superfuit ; L. 76, *ff. de Solut.*

Les docteurs, entre autres textes de droit, ont coutume de citer cette loi pour décider que la subrogation ne se fait pas de plein droit, si elle n'est requise par le paiement que fait le débiteur solidaire, ou une caution, ou quelque autre personne que ce soit, qui paie ce qu'elle doit pour d'autres, ou avec d'autres ; et ce texte paraît effectivement le décider en termes assez formels.

Néanmoins Dumoulin, en la première de ses leçons solennelles qu'il fit à Dole, a prétendu, contre le sentiment de tous les docteurs, qu'un codébiteur solidaire, une caution, et généralement tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres, étaient, en payant, subrogés de plein droit, quoiqu'ils n'eussent pas requis la subrogation (1). Sa raison était qu'ils doivent toujours être présumés n'avoir payé qu'à la charge de cette subrogation qu'ils avaient droit d'exiger, personne ne pouvant être présumé négliger ses droits, et y renoncer. Il prétend que cette loi 76 n'est pas, comme tous l'ont pensé, dans l'espèce d'un tuteur qui a payé le reliquat qu'il devait solidairement avec ses cotuteurs, sans demander la subrogation contre eux ; mais qu'elle est dans l'espèce d'un ami d'un tuteur, qui avait payé pour lui, et qui n'était pas obligé à la dette.

Dumoulin prétend que ce n'est que dans ce cas qu'il n'y a pas de subrogation, lorsque la quittance n'en fait pas mention ; parce que, en ce cas, le créancier n'étant pas obligé de céder ses actions, on ne peut supposer cette cession d'actions en ce cas, si elle n'est expressément convenue : mais toutes les fois que celui qui a payé avait intérêt de payer, et avait droit par conséquent de se faire subroger aux actions du créancier contre ceux pour qui ou avec qui il était débiteur

(1) C'est la doctrine consacrée par le Code, art. 1251, § 3°, cidessus, note 2. (BUGNET.)

de ce qu'il a payé (1), il doit toujours, dit Dumoulin, être censé avoir été subrogé, quoiqu'il n'ait pas requis la subrogation.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Traité de l'Hypothèque*, *n*° 152 *et s.* } 152. Lorsque plusieurs créanciers sont subrogés aux hypothèques d'un même créancier, dont ils ont, chacun en différents temps, acquitté partie de la créance, ils sont tous colloqués concurremment à la place de ce créancier à qui ils sont subrogés, sans qu'on ait aucun égard à la priorité ou postériorité de leur chef; car, comme ce n'est pas de leur chef qu'ils sont colloqués, on n'y doit avoir aucun égard.

Par exemple. Si Jacques a prêté au débiteur commun, en 1760, 1000 liv. pour rembourser à Pierre, créancier de 1740, pareille somme de 1000 liv. faisant partie de 3,000 liv. qui étaient dues à Pierre ; qu'en 1761, Jean ait prêté une autre somme de 1000 liv. aux mêmes fins ; et qu'en 1762, Jude ait prêté pareillement 1000 liv. pour rembourser à Pierre les 1000 liv. restant, et qu'ils aient tous acquis la subrogation aux hypothèques de Pierre, ils seront tous les trois placés concurremment en ordre du jour de la date de l'hypothèque de Pierre, parce qu'ils sont tous subrogés à l'hypothèque d'une même créance.

153. Il semble qu'on devrait décider pareillement que, dans le cas auquel Pierre serait demeuré créancier de 1000 liv. pour restant de sa créance, Jacques et Jean devraient être colloqués concurremment avec lui, puisqu'ils sont subrogés à la même créance, du restant de laquelle Pierre est demeuré créancier : néanmoins l'usage est constant que Pierre doit en ce cas leur être préféré. La raison est que le créancier, qui est payé des deniers d'un autre, n'est obligé de le subroger, qu'autant que la subrogation ne pourra lui préjudicier ; et par conséquent, en subrogeant aux hypothèques de sa créance

(1) Voilà bien évidemment où a été prise la rédaction de l'art. 1251, § 3°, C. civ. *Voyez* ci-dessus, note 3. (BUGNET.)

celui des deniers duquel il est payé en partie, il est censé se réserver une préférence pour ce qui lui reste dû.

154. Au reste cette préférence ne passe pas à un tiers ; c'est pourquoi Jude, qui aura prêté ses deniers pour acquitter ce restant, quoiqu'il ait acquis la subrogation aux droits et hypothèques de Pierre, ne pourra pas prétendre être préféré à Jacques et à Jean, comme Pierre l'eût été ; mais ils viennent tous concurremment, comme nous l'avons dit, comme étant tous subrogés aux hypothèques d'une même créance (1).

---

* 6 *Journal des Audiences*, Arrêt du 6 *juin* 1712. } *Subrogation aux créanciers du vendeur n'a lieu contre le vendeur même restant créancier pour une partie du prix.*

Le vendredi 6 juin 1712 est intervenu arrêt en la Grand-chambre au rapport de M. Dorieu, qui a décidé la proposition ci-dessus. La veuve d'Humermont vend la ferme du Rotois 10150 liv. à Liévain, 500 liv. comptant, le surplus payable à son acquit, et consent la subrogation pour ceux qui prêtent.

Langlet prête, on emploie les deniers ; il y a subrogation au lieu des créanciers, mais il reste le principal de 205 liv. de rente non acquitté. Liévain est saisi réellement. Le fils de la veuve de d'Humermont demande à rentrer dans la ferme vendue par sa mère, faute de paiement du principal et des arrérages de 205 liv. Il forme cette demande avec Langlet ; sentence qui l'ordonne suivant l'estimation ; estimation faite à 8000 liv. Langlet attaque d'Humermont, disant que son argent ayant été employé à payer des créanciers, il est subrogé même contre d'Humermont.— Langlet obtient sentence et il y en a appel.

Interim, Langlet offre de se charger d'acquitter les 205 liv. de rente en retrocédant à lui par d'Humermont les biens. D'Humermont lui dit qu'il n'est pas subrogé contre lui, qu'il

(1) La subrogation ne donne donc pas identiquement le droit qui compétait au subrogeant. (Bugnet).

a prêté de l'argent pour l'acquitter et non pas pour acquérir une créance sur lui, que ses offres venues après dix ans pour le déposséder sont à tard.

La Cour met l'appellation et ce etc., émendant hors de Cour.

Renusson, Subrogation, ch. 15, § 1 *à* 9, *et ch.* 16, § 1 *à* 6. } I. On demande si celui qui prête ses deniers au débiteur pour acquitter partie de sa dette, et qui stipule la subrogation aux droits du créancier qui est payé de ses deniers, aura même hypothèque que le créancier auquel il est subrogé, s'il viendra par concurrence avec lui sur les biens du débiteur, ou si le créancier doit être payé de ce qui lui est dû de reste préférablement au subrogé ; par exemple, Sempronius est débiteur de Mœvius de la somme de 6000. livres par obligation passée devant Notaires. Sempronius étant pressé par Mœvius son créancier, emprunte 3000. livres de Titius, qui sont employées au payement de la dette, le payement est fait en conséquence à Mœvius qui reçoit la somme de 3000. livres faisant moitié de celle de 6000. livres qui lui est due, et qui subroge Titius en ses droits en conséquence de la stipulation qu'il en avait faite avec le débiteur. Dans la suite les biens de Sempronius sont vendus et adjugés par décret. Titius qui a prêté les 3000 livres, demande d'être payé par concurrence avec Mœvius, comme ayant été subrogé en ses droits par la quittance du payment. Mœvius au contraire soutient qu'il doit être payé préférablement à Titius, et que la subrogation ne peut lui nuire ni préjudicier, et ne peut avoir d'effet à son égard qu'il n'ait été entièrement payé de son dû.

II. Il semble que celui qui a prêté ses deniers au débiteur, et qui a été subrogé aux droits du créancier lors du payement, a même titre que le créancier, et qu'il doit venir par concurrence avec lui. Néanmoins il est plus raisonnable de dire que le créancier doit être payé de la totalité de sa dette, avant que le subrogé puisse rien toucher. Premièrement le

créancier qui n'est pas entièrement payé de son dû, et qui n'a reçu que partie de sa dette, demeure créancier pour ce qui lui est dû du reste, et retient toujours la place de créancier jusqu'à ce qu'il soit entièrement payé. Le nouveau créancier subrogé ne peut pas dire avoir succédé en son lieu et place : car l'ancien créancier occupe et remplit lui-même la place de créancier, il n'est pas censé l'avoir cédée et quittée à un autre, jusqu'à ce qu'il soit entièrement payé de son dû.

III. En second lieu, le nouveau créancier qui est subrogé et qui succède au lieu et place de l'ancien, ne doit être payé que successivement, c'est-à-dire, après que l'ancien créancier aura été entièrement payé : car ce mot succéder donne une espèce de subordination, c'est-à-dire, que l'ancien créancier doit être entièrement payé, et qu'il doit être préféré au subrogé qui n'entre aux droits du créancier que successivement, et après que le créancier sera entièrement payé ; ainsi quoique l'ancien créancier lors du payement de partie de sa dette, ait consenti la subrogation à celui qui a prêté les deniers au débiteur, on ne présume pas qu'il ait consenti la subrogation contre lui-même, et la subrogation ne peut avoir d'effet à son égard ; il est juste qu'il soit entièrement payé de ce qui peut lui être dû de reste. En effet un créancier qui reçoit seulement partie de sa dette reçoit seulement à déduire sur et tant moins, il est dans l'attente du restant. Cela est si véritable qu'il conserve toujours le titre de sa dette jusqu'à ce qu'il soit entièrement payé, il ne délivre point son titre, et ne s'en désaisit point ; tout cela fait connaître que recevant partie de sa dette, il pense en même temps à ce qui lui est dû de reste, et attend le payement ; il n'a pas volonté de s'exclure, et de donner la préférence à un autre ; c'est une pensée qui est assez naturelle ; c'est pourquoi sa volonté et son intention n'est pas que la subrogation ait effet à son égard, mais plutôt d'être entièrement payé de son dû ; on ne présume point qu'il ait voulu subroger contre lui-même, et qu'il eût voulu consentir au profit d'un autre un droit, qu'il ne fût entièrement payé : il faudrait qu'il eût consenti expressé-

ment avoir eu cette volonté; il faudrait qu'il eût consenti expressément la concurrence ou la préférence à celui qui a fourni les deniers du payement.

IV. On tire en argument la loi *si peculium*, § *sicut*, *ff de peculio legato*, et la Constitution des Empereurs Sevère et Antonin, dont il est fait mention aux Instituts, livre 2, titre 20, *de legatis* § *si peculium*, sur la fin, où il est dit qu'un Maître ayant légué le pécule de son Esclave, quoique dans le pécule de l'Esclave semble être compris ce que l'Esclave avait dépensé et déboursé pour son Maître, que néanmoins le légataire n'a pas droit de le prétendre, et qu'il n'en peut faire demande à la succession du Maître, ni en faire compensation avec ce qui est dû au Maître par l'Esclave, si ce n'est qu'il eût déclaré avoir eu cette volonté. *Divus Severus et Antonius rescripserunt peculio legato non videri ad relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit, quid tamen, si hœc volontas fuit testatoris, cur non possit consequi, certe compensari debet cum eo quod domino debetur.* On ne présume pas que le Maître eût voulu léguer une action contre lui-même, s'il n'a déclaré expressément avoir eu cette volonté. M. Charles du Moulin, Traité des usures, question 89, dit que *creditor non videtur cessisse contra se*, et cite la Loy *si peculium*, § *sicut de peculio legato.* De même Socinus, *cons.* 206.

V. En troisième lieu, quand un débiteur emprunte des deniers pour se libérer, et pour payer son ancien créancier en tout ou en partie ; si celui qui prête ses deniers désire être subrogé aux droits du créancier, il est nécessaire qu'il stipule la subrogation avec le débiteur, et il n'est pas nécessaire qu'il la stipule avec le créancier; il suffit qu'il l'ait stipulée avec le débiteur, et que le débiteur l'ait consentie, comme il est montré au chapitre 9. C'est pourquoi encore qu'il soit dit que le créancier l'a consentie, ou qu'il a subrogé celui qui a fourni les deniers, néanmoins il est véritable de dire que la subrogation ne vient pas du créancier, mais plutôt du débiteur avec lequel celui qui lui a prêté ses

deniers l'a stipulée. Le créancier ne pourrait pas empêcher la subrogation ; ce n'est pas lui qui subroge, mais plutôt la Loy en conséquence du consentement du débiteur. C'est ce qui a fait dire à Me Charles du Moulin, Traité des usures, nombre 276, qu'il n'était pas besoin de stipuler la subrogation avec le créancier, mais qu'il suffisait de la stipuler avec le débiteur : *Non requiri istud pactum fieri cum priori creditore, vel eo sciente, sed sufficit fieri tum solo debitore, vel eo sciente.*

VI. Auparavant l'Ordonnance d'Henry IV de l'année 1609, il y avait des Praticiens qui voulaient que le consentement du créancier fût nécessaire pour opérer la subrogation, disant pour raison, que le droit résidait en la personne du créancier, et qu'il ne pouvait pas passer à un autre sans sa participation et son consentement : mais cette Ordonnance a confirmé la maxime, et dit expressément que le consentement du créancier n'est pas nécessaire, et qu'il suffit que la subrogation soit stipulée avec le débiteur. Or puisqu'en ce cas la subrogation vient du débiteur, le même débiteur ne peut pas nuire, ni préjudicier à son créancier qui n'est pas entièrement payé, il ne peut pas attribuer ni donner un droit de préférence ou de concurrence à celui qui lui prête nouvellement ses deniers, au préjudice de son précédent créancier qui a son droit acquis : c'est pourquoi la subrogation que le débiteur consent à celui qui lui prête ses deniers, et qui paye pour lui, ne peut pas nuire au créancier, qui reçoit partie de son dû ; la subrogation ne peut avoir effet à son égard, et il doit être entièrement payé de son dû. D'ailleurs celui qui fournit ses deniers au débiteur qui paye pour lui, ne peut pas ignorer que ses deniers ne sont pas le parfait payement de la dette du créancier : car il a dû savoir la qualité de la dette au payement de laquelle ses deniers ont été employés. Autre question serait si la subrogation avait été stipulée seulement entre le créancier et l'étranger sans la participation du débiteur : car ce cas tomberait sur la question de savoir, si telle subrogation serait véritable cession et transport, le cession-

naire doit sans doute être préféré au cédant, par la raison que le cédant est lui-même garant de la cession et transport, et serait tenu de faire colloquer utilement son cessionnaire sur les biens du débiteur, et de lui rembourser ce qu'il aurait reçu.

VII. La question si le créancier qui a reçu partie de son dû, doit être payé de ce qui lui est dû de reste préférablement au subrogé, s'est présentée et a été jugée par un Arrêt du 4 juin 1604, au rapport de Monsieur de Grieu qui est rapporté par Monsieur le Prêtre, première Centurie, chapitre 69. En voici le fait. Du Couroy vend au nommé Alix trois cinquièmes d'une maison pour 2000 écus; Alix en paye 1200 écus et demeure redevable de 800 écus. Dans la suite Alix vend les mêmes portions de maison à Citole, et par le Contrat Citole s'oblige de payer en l'acquit d'Alix à du Couroy 600 écus sur et tant moins de ce qui lui était dû; Citole exécute la convention et paye les 600 écus. Depuis Citole étant troublé par les dettes d'Alix son vendeur, déguerpit les portions de maison par lui acquises, lesquelles sont saisies réellement, vendues et adjugées par décret. Du Couroy premier vendeur s'oppose afin de conserver droit, et venir en ordre pour les deux cents écus qui lui étaient dus de reste par Alix auquel il avait vendu, et soutient qu'il doit être mis le premier en ordre, et qu'il doit être préféré sur la chose par lui vendue, aux créanciers d'Alix. Citole pareillement s'oppose afin de conserver droit, et être mis en ordre pour les 600 écus qu'il avait payés à du Couroy, et prétend qu'il a été subrogé de plein droit par le payement fait à du Couroy, par la raison que tout acquéreur qui paye le créancier de son vendeur, soit qu'il soit poursuivi par le créancier, ou que le créancier lui ait été délégué par son contrat de vente, est subrogé de plein droit au créancier qu'il a payé; et Citole prétend qu'il doit venir sur le prix par concurrence avec du Couroy comme étant subrogé en ses droits et ayant mêmes titres que lui.

VIII. Du Couroy au contraire dit qu'il n'a point fait ces-

sion de ses droits à Citole, mais qu'il avait reçu d'Alix par les mains de Citole six cents écus à déduire sur les huit cents écus qui lui étaient dus, que le payement qui avait été fait de six cents écus n'empêchait pas qu'il ne fût encore créancier de deux cents écus qui lui étaient dus de reste, qu'il avait privilège sur la chose par lui vendue, jusqu'à ce qu'il fût entièrement payé du prix, et que Citole n'avait pu acquérir aucun droit sur la chose à son préjudice, sinon qu'il y en eût déclaration expresse par la quittance, et que le dit du Couroy eût consenti à Citole expressément la concurrence, ce qui n'ayant point été fait, Citole ne devait être payé qu'après lui: la contestation ayant été portée devant le Prévôt de Paris, il rendit Sentence par laquelle il ordonna que du Couroy pour les deux cents écus qui lui étaient dus de reste, serait payé préférablement à Citole: il y eut appel interjetté par Citole de la Sentence, laquelle fut confirmée par ledit Arrêt.

IX. Il est donc raisonnable de dire, et c'est une maxime constante et bien établie, que tout créancier qui n'a été payé que de partie de sa dette, doit être payé du restant sur les biens de son débiteur préférablement au subrogé qui aurait fourni les deniers du payement, et qu'une personne qui a vendu, et qui n'a reçu que partie du prix de la chose vendue doit être payé du restant préférablement au subrogé qui aurait prêté les deniers des premiers payements. On doit dire encore la même chose du vendeur qui a des créanciers, et qui vend ses immeubles pour se libérer, et qui charge l'acquéreur d'en payer le prix à ses créanciers, si l'acquéreur emprunte des deniers pour payer partie du prix de son acquisition aux plus anciens créanciers de son vendeur, la subrogation qui serait consentie à celui qui lui prête ses deniers par ces créanciers qui recevraient le payement de son dû, ne peut nuire ni préjudicier aux autres créanciers du vendeur; la subrogation ne peut avoir aucun effet contre eux, et ne peut empêcher que les autres créanciers du vendeur ne soient payés du prix restant de la vente; le prix de la chose vendue

leur doit être entièrement payé, et ils doivent être préférés sur la chose vendue au subrogé, qui aurait prêté ses deniers à l'acquéreur pour les premiers payements.

Ch. 16.—I. Nous avons dit au chapitre précédent que le créancier qui n'a pas entièrement été payé, doit être préféré pour ce qui lui est dû de reste à ceux qui auront fourni leurs deniers pour les premiers paiements qui lui auraient été faits. Nous avons à examiner au présent chapitre quel est le droit de ceux dont les deniers ont été employés au payement d'une dette, et qui ont stipulé la subrogation aux droits du créancier, quand le payement en a été fait en plusieurs parties par différents actes et en différents temps s'ils doivent être colloqués par concurrence ou autrement. Par exemple, Titius est créancier de Sempronius de la somme de 3000 livres faisant le sort principal de 150 livres de rente par Contrat de constitution, dont il était dû 450 livres pour trois années d'arrérages; Sempronius étant poursuivi pour le payement des trois années d'arrérages, emprunte les 450 livres de Mœvius, qui stipule la subrogation aux droits du créancier; six mois après Sempronius emprunte d'une autre personne la somme de 1500 livres qui est employée au payement du même créancier qui reçoit avec subrogation, à déduire sur et tant moins de la somme principale de 3000 livres qui lui était due. Sempronius emprunte encore un an après d'une troisième personne, une autre somme de 1500 livres, qui est aussi employée au payement de pareille somme qui restait due de principal à Titius coéancier avec pareille subrogation. Les biens de Sempronius ayant été saisis, la vente et adjudication ayant été faite, il y eut contestation dans l'ordre pour la distribution du prix qui n'était pas suffisant pour payer les créanciers; il s'agissait de savoir quel devait être l'ordre de la collocation, entre ces trois particuliers qui avaient fourni leurs deniers à Sempronius pour payer Titius.

II. Celui qui avait fourni les 450 livres à Sempronius débiteur, et qui était le premier qui avait prêté ses deniers, prétendait être le premier payé, disant qu'en matière de rentes

les arrérages se payent avant le principal, outre qu'il était le premier en ordre du temps, *prior tempore, prior jure.* Le second qui avait fourni la somme de 1500 livres qui avait été payée à déduire sur la somme principale de 3000 livres disait qu'ils devaient tous être colloqués du même jour par concurrence, et venir par contribution, comme étant tous également subrogés aux droits du créancier qui avait été remboursé de leurs deniers, et n'ayant tous trois qu'un même titre, c'est-à-dire, le Contrat du créancier auquel ils auraient été subrogés. Le troisième qui avait fourni la somme de 1500 livres qui faisait le restant et parfait payement du créancier, prétendait qu'il devait être payé préférablement aux deux autres, disant qu'il avait succédé au créancier qui avait un droit de préférence pour ce qui lui était dû de reste.

III. Il est aisé de décider cette question, et il est raisonnable de dire qu'ils doivent venir tous trois par concurrence et par contribution au sol la livre. Premièrement celui qui a fourni les 450 livres pour le payment des trois années d'arrérages de la rente de 150 livres pour chacun an, ne doit avoir plus d'avantage que les deux autres; il est bien vrai qu'à l'égard des rentes, les arrérages doivent être payés et acquittés avant de rien imputer sur le principal, et que les premiers payements s'imputent sur les arrérages; mais cela se fait en faveur et à l'avantage du créancier qui a aliéné son principal, qui lui doit produire par cette raison rente et profit tant qu'il demeure aliéné; c'est pourquoi tant qu'il y a des arrérages échus, ils doivent être préalablement payés; il ne serait pas juste que le principal fût diminué, et que l'imputation de ce qui serait payé, se fît premièrement sur le principal, et ensuite sur les arrérages. C'est pourquoi, en matière de rente, les premiers payments s'imputent toujours en faveur du créancier sur les arrérages avant que de rien imputer sur le principal: autre chose est quand il s'agit de l'hypothèque: celui qui a prêté ses deniers pour payer les 450 livres qui étaient dues d'arrérages de la rente de 150

livres, n'est pas plus favorable que ceux qui ont prêté leurs deniers pour acquitter le principal, il ne doit pas avoir plus d'avantage. C'est pourquoi le second qui a prêté la somme de 1500 livres qui a été payée au créancier, à déduire sur la somme principale de 3000 livres a eu raison de dire qu'ils devaient tous être colloqués par concurrence, et venir par contribution, comme étant tous également subrogés au créancier qui a été payé, et ayant tous le même titre qui leur donne l'hypothèque.

IV. Par conséquent le troisième qui a prêté ses deniers pour faire le payement à Titius de 1500 livres qui lui restaient dues de son sort principal, ne doit pas prétendre être payé préférablement aux deux autres, sous prétexte de dire que le créancier auquel il est subrogé, aurait eu ce droit de préférence, s'il était demeuré créancier des 1500 livres restantes. Car premièrement la raison pour laquelle le créancier qui reçoit partie de son dû, doit être payé préférablement pour ce qui lui est dû de reste, à ceux qui ont prêté les deniers des premiers payements qui lui ont été faits, est qu'un créancier qui reçoit partie de son dû, encore même qu'il ait consenti la subrogation au profit de celui qui a fourni les deniers du payement, ne subroge point contre lui-même, il est censé et présumé avoir reçu à déduire sur et tant moins de son dû, il est censé ne s'être pas fait préjudice; mais au contraire on présume qu'il veut se conserver ses droits jusqu'à ce qu'il soit entièrement payé; mais du moment qu'il est payé entièrement de son dû, cette cause cesse, ou plutôt cette raison n'a pas lieu à l'égard de ceux qui ont fourni leurs deniers pour le payement du créancier, il n'y a point de présomption à leur égard, ils ont prêté séparément leurs deniers, et ils ont simplement l'hypothèque du créancier par le moyen de la subrogation. Comme ils ont tous également stipulé la subrogation, qu'ils n'ont qu'un seul et même titre, c'est-à-dire, le titre du créancier auquel ils ont été subrogés, et qu'ils ont tous également prêté leurs deniers au débiteur, pour le libérer du même créancier: il est rai-

sonnable de dire qu'ils doivent venir tous par concurrence, et être colloqués par même hypothèque sur les biens du débiteur; leur titre est commun et indivisible.

V. En second lieu, c'est le consentement du débiteur qui donne la subrogation à ceux qui lui prêtent leurs deniers pour le libérer, il n'est pas nécessaire de stipuler la subrogation avec le créancier, il suffit qu'elle ait été stipulée avec le débiteur, comme il a été montré au chapitre 9. Or il n'est pas au pouvoir d'un débiteur qui emprunte des deniers de différentes personnes, pour se libérer du même créancier et acquitter une même dette, d'attribuer sur ses biens plus de droit à ceux qui ont fourni les deniers des derniers payements, qu'aux autres qui ont fourni les deniers des premiers payements: il ne peut attribuer droit aux postérieurs au préjudice des antérieurs, cela ne serait ni juste ni raisonnable, et même il y aurait plutôt lieu de donner l'avantage à ceux qni auraient prêté leur argent les premiers, et qui ont pour eux la priorité du temps. Mais comme il ne faut pas régler leur droit par le temps auquel ils ont prêté leurs deniers, mais plutôt par l'emploi et par la subrogation qu'ils ont stipulée aux droits du créancier, il est véritable de dire qu'ils n'ont tous qu'un seul et même titre qui leur est commun, c'est-à-dire, le titre du créancier au lieu et place duquel ils ont succédé par le moyen de la subrogation; c'est pourquoi il y a nécessité de conclure qu'ils sont en concurrence, et qu'ils doivent venir par même hypothèque.

Additions.—Le Sieur de Plais achète la Terre de Vau neuf mille deux cents livres. Il emprunte quatre mille livres du sieur de Tourville, et quinze cents livres de la Dame Curaut, avec promesse d'emploi et de subrogation. L'emploi se fait: la subrogation accordée par le vendeur, sans préjudice de ses droits.

Il restait encore trois mille sept cent livres à payer. De Plais prend à constitution cinq mille livres du sieur de Troïe, avec promesse d'employer seulement trois mille sept cents livres. Le reste est laissé à sa discrétion. L'emploi se fait

comme le précédent, avec cette différence néanmoins que la subrogation n'est accordée que par de Plais. Le vendeur loin d'y consentir, stipule au contraire, qu'elle n'aura lieu que contre de Plais seul. Point de garantie, point de cession, point de consentement de sa part. Cela n'est pas à négliger.

De Plais meurt : sa succession endettée, ses biens mis en direction. Le sieur de Tourville et le sieur de Troïe se font nommer directeurs. Ils vendent la terre de Vau six mille tant de livres. Ils font l'ordre. Les frais payés, reste cinq mille livres à distribuer entre le sieur de Tourville, la Dame Curaut, et le sieur de Troïe. Tous trois avaient payé le prix de la terre ; tous trois devaient donc exercer le privilège du vendeur. Le sieur de Troïe se colloque néanmoins par préférence, et absorbe lui seul tous les deniers de la vente. Le sieur de Tourville indemnisé secrètement par son collègue, abandonne son privilège, et se restreint à l'action hypothécaire. Sa créance était antérieure de cinq jours à celle de la Dame Curaut. Il absorbe par là tout le prix des autres immeubles.

La Dame Curaut se pourvoit aussitôt contre l'ordre, et demande la concurrence avec les deux directeurs. Pour rendre même son action plus utile, elle accepte le privilège abandonné, et s'y fait subroger par Justice. Sur cela Sentence contradictoire du Prévôt d'Orléans, qui ordonne la concurrence.

Appel au Bailliage. Le sieur de Troïe met tout en usage pour faire valoir sa préférence. Seconde Sentence qui confirme la première, avec amende et dépens.

Ces jugements n'ont rien que de très-juste : ils sont fondés sur les Arrêts de la Cour ; et les Arrêts de la Cour sont fondés sur la justice même. Trois créanciers payent le prix d'une terre. Tous trois sont également subrogés au vendeur. Tous trois sont donc également privilégiés. Tous trois ont le même gage, le même droit, la même action.

Mais, dit-on, le sieur de Troïe est le dernier subrogé. Le Règlement de la Cour porte que celui qui paie avec subroga-

tion, succède à tous les privilèges de la dette. Le privilège de la dette était exclusif quand le sieur de Troïe l'a acquitté. Son privilège est donc exclusif : il est donc préférable aux premiers.

Ce raisonnement n'est qu'une subtilité. Dans tous les temps les créanciers également subrogés au vendeur, ont également exercé son privilège. Toutes les Loix, tous les Docteurs, tous les Arrêts anciens et modernes ont ordonné le concours de leurs droits. Le Règlement de la Cour ne détruit pas cette Jurisprudence ; il la confirme au contraire, et la confirme très solidement. C'est ce qui va être prouvé.

La matière des subrogations, quoique familière aux Praticiens, est selon nos Docteurs l'une des plus épineuses du Droit Civil. La faveur presque toujours égale des parties contraires, la différence peu sensible des espèces vraiment différentes, la variété des opinions et des jugements, en font un sujet inépuisable de doute et de perplexité. Le plus célèbre de nos Jurisconsultes craint d'en approfondir les difficultés. S'il ose en expliquer la plus légère, il en fait une dissertation publique et savante qu'il expose à la critique des plus judicieux de son temps.

On évitera dans une matière si obscure de citer ces sortes de lieux que la négligence des rédacteurs a rendus équivoques. On s'appuiera uniquement sur des principes clairs et solides, des jugements précis que l'interprétation n'a jamais altérés. Et pour venir d'abord au point décisif, on veut bien convenir avec le sieur de Troïe, que la subrogation est un moyen inventé par la Loy pour favoriser la libération, et permettre à un débiteur de subroger son ami aux droits d'un rigoureux créancier : que tel est le sens de quelques Loix au Digeste et au Code ; *Qui potiores in pignore, et de his qui in priorum locum ;* quoiqu'à vrai dire ces Loix reçoivent des ex plications bien différentes : qu'en tout cas c'est l'opinion des plus célèbres Docteurs, et entr'autres de du Moulin dans cette fameuse leçon faite en l'Université de Dôle ; que l'Ordonnance de 1609 n'a rien là-dessus établi de nouveau ; que la

Cour même par son Réglement a seulement rétabli la pureté des maximes, et la saine Jurisprudence des Arrêts.

La Dame Curaut convient de ces principes, quoiqu'en apparence contraires à ses intérêts ; parce qu'il ne s'agit pas d'éluder des vérités : il s'agit d'en balancer la force, et d'en connaître l'application. La subrogation est donc une transmission de droits anciens ou privilégiés faite par un débiteur en la personne d'un nouveau créancier. Le sieur de Troïe a cette subrogation, il est vrai. Mais la Dame Curaut l'a pareillement. Même stipulation que lui, même emploi, même déclaration. S'il a secouru le débiteur dans son besoin, la Dame Curaut l'a prévenu dans sa nécessité. Les deniers de l'un et de l'autre ont également contribué à la libération : ils ont payé la même dette. Si le sieur de Troïe prétend avoir une subrogation privilégiée, il doit montrer que le vendeur lors de son traité a eu plus de pouvoir, qu'il a été plus favorisé de la Loy. Ce que la Dame Curaut a stipulé, est un privilège réel, une espèce d'assignat qui assure sa créance : ce que le sieur de Troïe a acquis, est-il différent pour être préféré ?

Il est vrai que par une fiction favorable, par une grâce singulière de la Loy, quand le payement du vendeur n'était pas consommé, cette partie qui restait de sa créance, était préférable à l'autre, parce qu'il ne vendait que pour être payé.

Mais dès qu'il a été satisfait, dès que la libération a été consommée, sa préférence s'est anéantie par le payement. *Solutione tollitur omnis obligatio.* Il n'a pas été au pouvoir de l'acheteur, quand il l'aurait voulu, de faire revivre un droit éteint, une exclusion injuste en tout autre qu'en la personne du vendeur. Encore moins aurait-il pu transmettre un droit contraire à celui qu'il avait donné ; ç'aurait été détruire sa première subrogation ; ç'aurait été trahir la promesse qu'il avait faite de transférer les droits du vendeur. Car enfin le vendeur n'avait rien qui le précédât. Son droit était privilégié, éminent, invincible. La première subrogation de l'acheteur devait donc être privilégiée, éminente, invincible. Voilà le vrai sens des principes qu'on vient d'avouer, et que le sieur

de Troïe a lui-même établis. La Dame Curaut avait été subrogée aux droits du vendeur : donc elle exerçait les droits du vendeur dans toute leur étendue. Cela est sans réplique.

Et si elle exerçait les droits du vendeur dans toute leur étendue, si l'acheteur lui avait transmis et au sieur de Troïe d'égales prérogatives, qui attribuera donc au sieur de Troïe le droit d'exclusion qu'il s'est arrogé ? Qui mettra cette grande différence entre deux privilèges si semblables ? Sera-ce la différence des temps, sera-ce la date des subrogations ? Et ne sait-on pas que la cause seule fait toute l'excellence des privilèges ? *Non ex tempore, sed ex causâ.* Quand deux actions sont semblables dans leur origine, qu'elles dérivent d'un même principe, qu'elles coulent par le même canal, qu'elles tendent au même but et à la même fin ; elles doivent avoir la même force, la même vertu, la même activité ; en un mot, elles doivent concourir également.

Cette vérité n'est pas seulement établie sur l'équité naturelle : elle est fondée sur tous les autres préjugés. La Loy 7, *ff. qui potiores in pignore*, en contient une décision très formelle dans le cas de deux pupilles qui ont prêté leur argent pour l'achat d'un immeuble, et demandent d'être préféré l'un à l'autre. Le Jurisconsulte décide qu'ils doivent concourir également. *Si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus quæ in pretium rei fuerint expensæ.* Balde et Bartole ne suivent pas à la vérité cette décision : Ils sont d'avis de donner la préférence au premier en hypothèque : parce que, disent-ils, les privilèges se détruisant par leur concours, il en faut revenir à la priorité du temps qui est le droit commun. Mais comme cette glose est encore pire pour le sieur de Troïe, on croit qu'il s'en tiendra au texte, et ne rejettera pas l'induction de la Dame Curaut.

La Loy *Privilegia ff. de rebus auth. jud. possid.* est encore très décisive. *Privilegia non ex tempore, sed ex causa, et si ejusdem tituli fuerint, concurrunt.* Se peut-il rien de plus formel ? *Non ex tempore*, dit le Jurisconsulte, pour nous marquer que

la question était comme ici, entre deux créanciers différents en hypothèque, et que l'un des deux voulait faire valoir ou sa priorité ou sa postériorité.

Loyseau dans son traité des Offices, après avoir balancé la question, se détermine enfin pour l'opinion de Balde et de Bartole. Ce n'est pas assez, dit-il, de donner la concurrence, il est juste d'accorder la préférence au créancier plus ancien C'est dans son livre 3, c. n. 89.

Brodeau, sur la Coutume de Paris, art. 95, n. 9, et sur M. Loüet, l. D, n. 63, § 8, ne décide pas pour la préférence; mais il établit la concurrence très solidement : et sans citer ici les Arrêts de 1627 et de 1636 qu'il rapporte, sans s'arrêter à un grand nombre d'autres préjugés qu'on trouve dans les livres, la Dame Curaut finit cette partie de sa défense par les Arrêts célèbres d'Abraham et de Genouillac rendus en 1681, au rapport de Messieurs Petit et de Maunoury dans des espèces très claires et très précises. Ces jugements servent de règles dans le public, et la concurrence qu'ils ont pour la dernière fois confirmée, n'est plus au Palais un sujet raisonnable de difficulté.

Le sieur de Troïe qui ne peut résister à la force de ces raisons et de ces autorités, se retranche puissamment dans l'Arrêté de quatre-vingt-dix, qu'il dit avoir changé la Jurisprudence. Ce Règlement, selon lui, porte que la simple subrogation transfère tous les privilèges du créancier. Entre les privilèges du créancier le droit d'exclusion est le plus important. Donc selon lui la subrogation simple transfère le droit d'exclusion.

Voilà une objection très solide en apparence, mais en effet très captieuse, et très faible, 1° Si cet arrêté a changé la Jurisprudence, ce changement ne peut nuire à la Dame Curaut, qui avait contracté longtemps auparavant sous la foi d'un usage contraire, et généralement approuvé. 2° S'il a changé quelque chose, ce n'est pas pour l'espèce qui est à juger. Il n'a rien introduit à cet égard qui ne fût déjà pratiqué inviolablement. La simple subrogation transmettait alors

et avait de tout temps transmis les privilèges du créancier. C'était la disposition de la Loi 1re au Code *qui potiores in pignore*, le sentiment des Docteurs, la décision générale des Arrêts. Toutes les personnes même intéressées à cette cause exerçaient dès quatre-vingt-sept leurs privilèges par la seule force de la subrogation. Or voici comme on raisonne. L'Arrêté de la Cour n'introduit rien de nouveau sur l'espèce qui est à juger : donc il n'introduit pas de nouvelle décision. La subrogation a toujours eu la force de transmettre les privilèges : malgré cette transmission la concurrence a toujours été pratiquée : donc elle doit être pratiquée aujourd'hui : donc elle a lieu comme auparavant.

A quoi servira donc l'arrêté de la Cour ? Sera-ce un règlement inutile ? Sera-ce une loi sans exécution ? On n'a garde de juger ainsi d'une décision si auguste et si utile au public Cet arrêté a terminé de très grandes difficultés. On sait quels étaient au Palais les différens sur la subrogation des coobligés ; combien de subtilités on inventait tous les jours ou pour la détruire, ou pour l'établir. On distinguait entre la subrogation du débiteur, et la subrogation du créancier entre le coobligé, et la caution : entre le cotuteur et l'étranger : en le payement forcé et le payement volontaire. On faisait mille différences. Cujas tenait un parti, du Moulin l'autre. Chacun s'épuisait en raisons.

L'esprit solide de la Jurisprudence s'évaporait en subtilités. La Cour jugea à propos d'interposer là-dessus son autorité, et déclara que toute subrogation accordée par un débiteur en présence de Notaires, saisi de déclaration et d'emploi effectif, était également valable et contre le débiteur principal, contre ses coobligés, et contre ses cautions. Ce fut là (si l'on en croit les termes de l'arrêté, et l'interprétation des sages) le seul motif et le seul objet du Règlement. Mais que la Cour ait voulu résoudre une question déjà décidée, et la résoudre contre la maxime uniforme de tous ses Arrêts, c'est ce que personne n'ose se persuader. On a donc raison de dire que l'arrêté de la Cour n'introduit rien de nouveau pour l'espèce

qui est à juger : qu'il ne détruit ni la concurrence ni l'égalité des subrogations.

Mais, dit-on, je ne vous fais aucun tort de demander la préférence. Le vendeur l'exercerait aujourd'hui si je ne l'avais remboursé. M'enviez-vous un droit dont j'ai procuré la libération.

Ce raisonnement ne prouve rien à force de trop prouver. S'il avait lieu, il ne serait besoin ni de subrogation, ni de cession, ni de transport. Un homme n'aurait qu'à dire, j'ai payé cette dette, j'en veux exercer les privilèges, cette proposition serait pourtant fort absurde. Un créancier négligent ne mérite pas les grâces de la Loy. La vigilance a ses droits (dit le Jurisconsulte) *jus civile vigilantibus scriptum est.*

Mais est-il vrai qu'on ne fasse aucun tort à la Dame Curaut : on perpétue un droit dont elle avait lieu d'espérer l'extinction, on proroge une exclusion odieuse et à peine tolérée en la personne du vendeur.

La Dame Curaut pourrait dire avec plus de justice, je ne vous fais aucun tort, moi qui suis antérieure à vos hypothèques, moi dont la subrogation n'est point limitée au débiteur seul, moi qui suis subrogé du consentement du vendeur.

Mais ce n'est point sur de pareils raisonnements qu'on appuye des maximes, qu'on renverse des préjugés, qu'on règle les droits des parties, qu'on établit des jugements.

Quand on dit après cela que la subrogation vaut cession et que telle est l'intention de la Cour dans son arrêté, il faut avoir bien envie de s'entretenir dans l'erreur. L'arrêté de la Cour n'en dit pas un seul mot : rien qui en approche : il ne parle pas même de cession. Et y eut-il jamais rien de plus différent que la cession et la subrogation ? Tous les Livres sont pleins de leurs diversités essentielles. La cession est l'ouvrage du créancier, la subrogation l'ouvrage du débiteur. La cession transfère la dette même, la subrogation en transmet seulement quelques prérogatives. Le créancier est garant de la cession, il ne l'est point de la subrogation. La cession passe avec les charges du créancier, la subrogation les ané-

antit. Tel veut une cession pour se procurer un garant, et tel une subrogation pour éviter les actions hypothécaires. Donner à la subrogation toute la force de la cession, c'est avoir deux droits incompatibles, c'est troubler le commerce, c'est introduire l'usure.

Un créancier exigera le principal de sa dette comme fondé en obligation, et en demandera les arrérages comme subrogé à la rente. Il se fera payer des intérêts comme fondé en contrat, et forcera au remboursement comme subrogé à l'obligation. Il donnera son argent au denier vingt, et exigera le denier seize de la rente amortie ; car enfin la subrogation imitant la cession, elle transfèrera non pas les privilèges, mais les dettes même. Ce sera une véritable vente, *translatio dominii.*

Les Jurisconsultes les plus favorables à la subrogation sont bien éloignés de porter ses droits si avant. Ils soutiennent que la subrogation transfère un droit semblable à l'ancienne dette, *Jus simile ;* mais ils avouent que ce droit n'est pas tout à fait le même : *Sed hæc actio*, dit Joannes Faber, *non est eadem in essentia cum prima*, les Loix toujours justes de leurs expressions, disent que le nouveau créancier succède *in locum*, mais non pas *in actionem primi.*

Mais à quoi bon ces raisonnements ? Que la subrogation ait toute la force de la cession, que l'arrêté de la Cour lui donne les mêmes prérogatives, qu'est-ce que cela fait à la Dame Curaut ? N'a-t-elle pas une subrogation comme le sieur de Troïe, et ne l'a-t-elle pas plus ancienne, plus régulière, plus générale ? Tous les préjugés ne convainquent-ils pas qu'il y a une parfaite égalité entre une première et une dernière subrogation : la faveur même de la libération, cette faveur si recommandée par les Loix n'oblige-t-elle pas à cette égalité ? Si la dernière subrogation était préférable à la première, rarement un débiteur pourrait-il commencer son payement.

Par Arrêt rendu en la Grand'Chambre le dix-sept Juillet 1694, la Sentence a été confirmée avec amende et dépens.

[ARTICLE 1158.]

* *C. N.* 1252. } La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

---

§ 3. *De l'imputation des paiements.*

1158. Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle dette il entend acquitter.

§ 3. *Of the imputation of payments.*

1158. A debtor of several debts has the right of declaring, when he pays, what debt he means to discharge.

---

* *ff. De solution. et liber., Liv.* 46, *Tit.* 3, *L.* 1. } 1. Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. Quotiens vero non dicimns in id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potiùs debito acceptum ferat : dummodo in id constituat solutum, in quod se, si deberet, esset soluturus, quoque debito se exoneraturus esset, si deberet : id est, in id debitum ; quod non est in controversia ; ant in illud quod pro alio quis fidejusserat ; aut cujus dies nondum venerat. Æquissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. Permittitur ergo creditor constituere in id quod velit solutum : dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret. Sed constituere in re præsenti, hoc est statim atque solutum est. (Ulpianus).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } 1. Toutes les fois que quelqu'un débiteur pour plusieurs causes, paye une de ces dettes, il est au choix de celui qui paye de dire quelle

est la dette qu'il a voulu plutôt payer ; et celle qu'il aura déclarée sera éteinte. Car nous pouvons imposer une loi déterminée à ce que nous payons. Mais toutes les fois que nous ne déclarons pas ce qui a été payé, il est au pouvoir de celui qui reçoit de déclarer à quelle dette plutôt il applique la libération ; pourvu qu'il déclare le paiement fait pour la dette que, si lui-même devait, il aurait payée, et de laquelle dette il se déchargerait s'il devait, c'est-à-dire pour une dette qui n'est pas disputée ou qui n'est pas pour cautionnement d'un tiers, ou qui n'est pas encore non échue : car il a paru très équitable que le créancier traitât l'intérêt du débiteur comme il traiterait le sien propre. Ainsi il est permis au créancier de décider la dette qu'il voudra qui soit éteinte, pourvu qu'il le décide comme il le déciderait en sa propre chose. (ULPIEN).

---

* *Cod. De Solution. et liber.*, *Liv.* 8, *Tit.* 43, *L.* 1. } 1. In potestate ejus est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere in quam causam reddat. Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum (accepit. Si neuter voluntatem suam expressit : prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur.

Proposit. 2 non. novembris, Duobus et Aspris Coss. 213. (ANTONINUS).

Ibidem. *Trad. de P. A. Tissot.* } 1. Le débiteur redevable au même créancier de plusieurs dettes, qui fait un paiement, a le droit, à l'époque qu'il le fait, de l'affecter à celle des dettes qu'il juge à propos ; mais s'il n'a point désigné la dette qu'il a eu intention de payer, alors le créancier a le choix dont son débiteur n'a pas profité, c'est-à-dire, d'affecter à celle des dettes qu'il juge à propos le paiement qui lui a été fait. Si ni l'un ni l'autre n'ont manifesté de volonté à cet égard, le débiteur doit être réputé avoir d'abord voulu payer les intérêts, et avec l'excédant, s'il y en a, le capital.

Fait le 2 des nones de novembre, sous le consulat des deux Asper. 213. (ANTONIN).

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 4, *Tit.* 1, *sec.* 4, *n°* 1. } 1. Si un débiteur qui doit à un créancier différentes dettes, veut en payer une, il a la liberté d'acquitter, à son choix, celle qu'il voudra, (C. civ. 1253.) Car il n'y en a aucune que le débiteur ne puisse acquitter, encore qu'il ne paie rien sur toutes les autres, pourvu qu'il acquitte entièrement celle qu'il veut payer.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1122.

---

5 *Demolombe*, *Des Contrats*, *nos* 14-15, 32-3-4. } 14. Quant aux frais, que le créancier aurait été obligé de faire à l'occasion de la dette, ils forment un accessoire, qui se confond avec le principal.

L'article 1254 y est donc applicable.

Et l'imputation doit être faite, en conséquence, sur ces frais, par préférence soit au capital de la dette, à l'occasion de laquelle ils ont eu lieu, soit aux intérêts, qui pourraient être dûs ; car les frais passent avant tout ! (Art. 1258 3° ; comp. le tom. III de ce *Traité*, n° 238 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 167 ; Larombière, t. III, art. 1254, n° 5.)

15. Il est d'ailleurs bien entendu que cette disposition de l'article 1254 ne peut recevoir d'application, que lorsqu'il s'agit d'intérêts exigibles.

Telle est, en effet, la règle générale. (Comp. *infra* n° 27 ; Cass. 18 janv. 1832, Dev. 1833,1,74 ; Lyon, 30 août 1861, Duberachet, Dev. 1862,II,126 ; ajout. art. 445 Code de Comm. ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 166 ; Larombière, t. III, art. 1254, n° 3).

32. Ce qu'il importe aussi de remarquer, c'est qu'il faut que l'imputation soit faite par le débiteur, au moment même du payement :

" *Dum in re agenda fiat*......(L. II, ff. *De solut.*)

" *Tempore solutionis*......(L. I, Cod. *De solut.*)

L'article 1253 exprime la même idée, en disposant que c'est

lorsqu'il paye, que le débiteur peut exercer son droit d'imputation.

Après le payement accompli, il serait trop tard !

Et l'imputation serait désormais soumise à d'autres règles. (Comp. *infra*, n° 34 ; art. 1255-1256 ; et le tome IV de ce *Traité*, n° 368.)

33. Ce serait alors le rôle de l'imputation légale, si la quittance était muette.

Et s'il n'y avait pas de quittance ?

Le débiteur de plusieurs dettes, en faisant un ou plusieurs payements à son créancier, s'est borné à lui remettre lui-même ou à lui faire remettre une somme ou des sommes successivement, pour lesquelles le créancier ne lui a pas délivré de quittance, et dont il a fait mention sur son registre domestique, conformément à l'article 1331.

C'est sur cette hypothèse que Duranton pose la question de savoir si le débiteur s'est tacitement réservé le droit de dicter, dans la suite, l'imputation comme il l'entendrait, si l'on doit regarder les choses comme étant entières, tant qu'il n'a pas reçu de quittance ; ou bien, au contraire, s'il s'en est reposé sur le créancier ou sur la loi, pour faire l'imputation dès le principe et d'une manière irrévocable.

Nous croyons que c'est aussi, dans ce cas, l'imputation légale, qui doit être appliquée.

L'imputation, soit par le débiteur, soit par le créancier, doit être faite dans la quittance (art. 1253, 1255, 1256) ;

Or, nous supposons qu'aucune quittance n'a été délivrée par le créancier au débiteur ;

Donc, cette imputation doit être faite entre eux par la loi.

Telle est aussi finalement la conclusion de Duranton, quoique peut-être un peu hésitante. (T. XII, n° 196.)

34. Le droit du débiteur de diriger l'imputation sur celle de ses dettes qu'il veut acquitter, implique évidemment, pour lui, comme conséquence, le droit de faire constater par le créancier cette imputation dans la quittance ;

Puisqu'il ne pourrait recevoir une quittance pure et simple,

sans voir s'anéantir son droit d'imputation ! (Art. 1255, 1256 ; comp. Larombière ; t. III, art. 1253, nº 3.)

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *nº* 565 *et s.* } 565. *Première règle.*— Le débiteur, lorsqu'il paie, a le pouvoir de déclarer sur quelle dette il entend imputer la somme qu'il paie : *Quoties quis debitor ex pluribus causis, unum solvit debitum, est in arbitrio solventis, dicere quod potiùs debitum voluerit solutum;* L. ff. *de Solut.*

La raison qu'en apporte Ulpien est évidente ; *Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus ; eâd.* L.

Suivant notre règle, quoique régulièrement les intérêts doivent se payer avant le capital, néanmoins si le débiteur qui devait capital et intérêt, en payant une somme d'argent, a déclaré qu'il payait sur le capital, le créancier qui a bien voulu recevoir (3), ne peut plus par la suite contester cette imputation : *Respondi si quis dabat, in sortem se dare dixisset usuris non debere proficere ;* L. 102, § 1er, ff. *de Solut.*

566. *Seconde règle.*—Lorsque le débiteur, en payant, ne fait point d'imputation, le créancier à qui il est dû pour différentes causes, peut la faire par la quittance qu'il lui donne : *Quoties non dicimus in id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potiùs debito acceptum ferat ; eâd.* L.

Il faut, 1º que cette imputation ait été faite dans l'instant : *Dummodo in re præsenti fiat, in re agendâ, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine solutum qui eorum velit : posteà non permittitur ;* L. 2, L. 3, ff. *Hoc tit.*

Il faut, 2º que l'imputation que fait le créancier, soit équitable : *In arbitrio est accipientis, cui potiùs debito acceptum ferat : dummodo*, ajoute la loi, *in id constituat solutum, in*

(1) Mais le créancier aurait pu refuser le paiement fait à cette condition. *V.* art. 1254, C. civ. (BUGNET.)

quod ipse, si deberet, esset soluturus : id est (1), *non in id debitum quod est in controversiâ, aut in illud quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondùm venerat ; eâd* L. 1re, ff. *de Solut.*

Bachovius (*ad Treut.*, 1, 2, disp. 29, th. 3, 1, C.), dit que cette limitation doit s'entendre en ce sens, que, tant que la chose est encore entière, tant que le débiteur n'a pas encore reçu du créancier la quittance qui renferme l'imputation, il peut s'opposer à ce que le créancier impute le paiement qui lui a été fait, sur celle des dettes que le débiteur a le moins d'intérêt d'acquitter ; et en conséquence exiger que le créancier, ou fasse une imputation équitable par sa quittance, ou lui rende son argent.

Mais lorsque le debiteur a consenti l'imputation, en recevant la quittance qui la renferme, il ne peut pas, selon Bachovius, contredire cette imputation, quoiqu'elle soit faite sur la dette qu'il avait le moins d'intérêt d'acquitter ; parce *volenti non fit injuria*, et parce que autrement il ne serait pas vrai de dire que, lorsque l'imputation n'a pas été faite par le débiteur, le choix de l'imputation est référé au créancier

Car, si on suppose que le créancier ne peut faire l'imputation que sur la créance que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter, et par conséquent sur la créance sur laquelle de droit l'imputation se ferait, dans le cas auquel le créancier n'en aurait fait aucune, il s'ensuit que celle que le créancier fait, est inutile, et qu'il n'a pas le choix. Tel est le raisonnement de Bachovius. (2)

On peut répondre à ce raisonnement, que, pour que la règle qui réfère au créancier le choix de l'imputation, lorsque le débiteur ne la fait pas, soit véritable, il n'est pas nécessaire que le créancier puisse, dans tous les cas, user de ce

(1) C'est ici où doit être placée la négation, qui se trouve déplacée dans le texte florentin : cette correction est nécessaire pour le sens du texte. (*Note de l'édition de* 1764.)

(2) Cette doctrine nous paraît avoir été consacrée par l'art. 1255, C. civ. (BUGNET).

choix ; il suffit qu'il puisse user de ce choix en certains cas ; et il le peut, lorsque les différentes dettes dont le débiteur est tenu, sont telles qu'il importe peu au débiteur que l'une soit acquittée plutôt que l'autre.

En ce cas, le créancier a le choix de l'imputation, lorsque le débiteur ne la fait pas ; et au lieu que, s'il n'y avait aucune imputation de faite, elle se ferait sur la dette la plus ancienne, ou sur toutes par contribution, en cas de concurrence de dettes, comme nous le verrons ci-après, l'imputation se fera sur celle sur laquelle le créancier aura choisi de la faire.

Supposons, par exemple, que je sois votre créancier d'une somme de mille livres pour le prix d'un héritage que je vous ai vendu en 1760, par acte devant notaires ; plus, d'une autre somme de mille livres pour le prix d'un autre héritage que je vous ai vendu par acte devant notaires en 1770.

Après m'avoir payé les intérêts des deux sommes, vous me payez une somme de mille liv., sans faire d'imputation sur laquelle des deux dettes vous entendez la payer : il vous est indifférent sur laquelle des deux l'imputation se fasse, puisque l'une et l'autre sont hypothécaires, exigibles, et produisent des intérêts ; mais il m'importe fort à moi de faire cette imputation sur la dette de 1770, afin de conserver mon hypothèque de 1760 : car, si je ne faisais pas cette imputation, ce serait la dette de 1760, qui, comme la plus ancienne, serait censée payée.

L'autre moyen opposé par Bachovius, paraît plus plausible savoir : que le débiteur qui, en acceptant la quittance qui renferme l'imputation, a consenti à cette imputation, n'est pas recevable à la contredire, quelque intérêt qu'il eût qu'elle se fît sur l'autre dette.

Cependant je ne crois pas qu'on doive décider indistinctement qu'il n'y soit pas recevable : car, si le débiteur est une personne qui ne sait pas lire, ou une personne simple et rustique, cette imputation glissée dans la quittance, ne doit pas lui préjudicier, lorsque la somme payée égalait ou surpassait

celle des dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter, tellement que le créancier n'aurait pu avoir aucune raison pour se dispenser de faire l'imputation que le débiteur avait intérêt qui fût faite.

Par exemple, je suppose qu'un paysan doit d'une part à un procureur une somme de 300 livres exigible pour le prix d'un morceau d'héritage qu'il lui a vendu, et environ une année d'intérêts ; et qu'il lui doit d'autre part 500 ou 600 livres pour salaires.

Si ce paysan porte au procureur une somme de 400 livres, et que ce procureur lui donne une quittance de cette somme, avec mention que c'est à compte des salaires qui lui sont dus, il est évident que cette imputation qu'il fait sur ses salaires est une surprise qu'il fait au débiteur (1), et que le débiteur est en droit de demander que, nonobstant ce qui est porté par la quittance, le paiement soit imputé sur les 300 livres qu'il devait pour le prix de l'héritage, et que les intérêts soient déclarés en conséquence avoir cessé du jour de la quittance.

Au contraire, lorsque le créancier a pu avoir une rais suffisante pour se dispenser de faire l'imputation sur celle des dettes qu'il importait le plus au débiteur d'acquitter, *putà*, parce que la somme payée était moindre que celle due pour cette cause ; et que le créancier n'était pas obligé de recevoir pour partie le paiement de cette dette ; l'imputation faite sur une autre dette ne peut, en ce cas, être contredite ; parce que, en ce cas, le créancier, qui était maître de refuser le paiement qui lui a été fait, ne l'a accepté qu'à la condition de l'imputation qu'il en a faite, et qui a été convenue entre lui et le débiteur.

Observez que, lorsqu'il est porté expressément par la quittance " que la somme est reçue à valoir sur toutes les différentes créances du créancier, *ex universo credito* ", cette imputation générale n'est censée comprendre que les créances

(1) Aussi l'art. 1255, C. civ., réserve-t-il le cas où il y aurait eu dol *ou surprise de la part du créancier.* (BUGNET).

pour lesquelles le créancier a action, et non les créances purement naturelles ; L. 94, § *fin. de Solut.*

Cette expression me paraît aussi ne devoir comprendre que les créances dont le terme du paiement est échu.

567. *Troisième règle.*—Lorsque l'imputation n'a été faite ni par le débiteur, ni par le créancier, l'imputation doit se faire sur celle des différentes dettes que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter.

Corollaire Ier.—L'imputation doit se faire plutôt sur la dette non contestée, que sur celle qui était contestée ; plutôt sur celle dont le paiement était échu, lorsque le débiteur a payé, que sur celle dont le terme n'était pas encore échu ; L. 3, § 1; L. 100, ff. *de Solut.*

Corollaire II.—Entre plusieurs dettes dont le terme est venu, l'imputation doit se faire plutôt sur la dette pour laquelle le débiteur était contraignable par corps, que sur les dettes purement civiles.

Corollaire III.—Entre les dettes civiles, l'imputation doit se faire plutôt sur celles qui produisent intérêt, que sur celles qui n'en produisent point.

Corollaire IV.—L'imputation doit être faite plutôt sur une dette hypothécaire, que sur une dette chirographaire ; L. 97, ff. *de Solut.*

Corollaire V.— L'imputation se fait plutôt sur la dette pour laquelle le débiteur avait donné des cautions, que sur celles qu'il devait seul ; *eâd.*, L. 4, *in fin.*; L. 5, ff. *eod tit.*

La raison est, qu'en l'acquittant il se décharge envers deux créanciers, envers son créancier principal, et envers sa caution, qu'il est obligé d'indemniser. Or on a plus d'intérêt de s'acquitter envers deux, qu'envers un seul.

Corollaire VI.—L'imputation doit se faire plutôt sur une dette dont celui qui a payé était débiteur principal que sur celles qu'il devait comme caution d'autres personnes ; *eâd.*, L. 97 ; L. 4, ff. *dict*, *tit.*

Tous ces corollaires peuvent recevoir par les circonstances, des exceptions qui sont laissées à l'arbitrage du juge.

Par exemple, quoique la dette dont le terme est échu, prévaille, pour l'imputation, sur celle dont le terme n'est pas échu, néanmoins si celle dont le terme n'est pas échu, devait échoir dans peu de jours, et qu'elle emportât contrainte par corps, je pense qu'elle devrait prévaloir, pour l'imputation, à une dette ordinaire, dont le terme était échu : car il était de l'intérêt du débiteur d'acquitter plutôt une dette pour laquelle il serait, dans peu de jours, contraignable par corps, quoique le terme de paiement n'en fût pas encore échu, que d'acquitter d'autres dettes ordinaires dont le terme était échu.

Pareillement, quoique la dette qui porte la contrainte, soit préférable, pour l'imputation, aux dettes purement civiles, néanmoins si le débiteur était un homme à qui sa dignité et ses richesses donnassent lieu de se flatter que son créancier n'userait pas envers lui de la rigueur de cette contrainte par corps, cette dette, si elle ne portait pas intérêt, devrait céder, pour l'imputation, à la dette purement civile qui porterait intérêt.

568. *Quatrième règle.*—Lorsque les dettes étaient d'égale nature, et telles que le débiteur n'avait pas d'intérêt d'acquitter l'une plutôt que l'autre, l'imputation doit se faire sur la plus ancienne : *Si nulla causa prægravet, in antiquiorem ;* L. 5, ff. *eod. tit.*

Observez qu'entre deux dettes contractées le même jour, mais avec différents termes qui sont l'un et l'autre échus, celle dont le terme était plus court, et par conséquent échu plus tôt, est réputée à cet égard la plus ancienne ; L. 89, § 2, ff. *Hoc tit.*

569. *Cinquième règle.*—Si les différentes dettes étaient de même date, et toutes choses d'ailleurs égales, l'imputation se fera proportionnellement sur chacune : *Si par et dierum et contractuum causa sit, ex summis omnibus proportione solutum ;* L. 8, ff. *de Solut.*

570. *Sixième règle.*—Dans les dettes qui sont de nature à produire des intérêts, l'imputation se fait d'abord sur les in-

térêts avant le capital : *Primo in usuras, id quod solvitur, deindè in sortem, accepto feretur ;* L. 1, Cod. *Hoc. tit.*

Cela a lieu, quand même la quittance porterait que la somme a été payée à compte *du principal et des intérêts ;* IN SORTEM ET USURAS. La clause s'entend en ce sens, que la somme est reçue à compte du principal, après les intérêts acquittés ; L. 5, ff. *fin.* ff. *de Solut.*

Observez que, si la somme payée excède ce qui est dû pour les intérêts, le surplus s'impute sur le principal, quand même l'imputation aurait été faite expressément sur les intérêts, sans parler du principal ; L. 102, § *fin.* ff. *de Solut.*

Cette décision doit s'entendre du sort principal exigible. Mais si le débiteur d'une rente constituée avait par erreur payé plus qu'il ne devait pour les arrérages de cette rente, il aurait la répétition de ce qu'il aurait payé de plus ; et il n'en pourrait pas demander l'imputation sur le principal de la rente : car, à proprement parler, le principal d'une rente constituée n'est pas dû ; il n'est qu'*in facultate luitionis*, et le créancier n'est pas présumé avoir consenti le rachat de sa rente pour partie (1).

571. La règle que nous avons établie, " que l'imputation doit se faire sur les intérêts avant que de se faire sur le principal," n'a pas lieu à l'égard de ceux qui sont dus par un débiteur pour peine de sa demeure, du jour de la demande en justice.

Ces intérêts sont adjugés comme des dommages et intérêts, et forment dette distincte du principal ; et ce que le débi-

(1) L'art. 1254, C. civ., reproduit la doctrine de Pothier dans ce numéro ; il est même à remarquer que cet article, dans sa première partie, parle tout à la fois d'une dette qui *porte intérêt* ou qui *produit des arrérages*, c'est-à-dire selon le langage de la jurisprudence, des *capitaux exigibles* ou *des rentes*. Tandis que, dans la disposition finale, il ne parle que d'un *capital* qui porte *intérêt ;* d'où il est permis de conclure que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer ce que dit ici Pothier pour le cas où le débiteur d'une rente aurait payé plus qu'il ne devait pour les arrérages de cette rente, il n'y aurait pas lieu d'imputer cet excédant sur le principal de la rente ; il serait sujet à répétition. (BUGNET).

teur paie, lorsqu'il n'y a point d'imputation de faite, s'impute sur le principal plutôt que sur les intérêts, suivant le troisième corollaire ci-dessus. Telle est notre jurisprudence. Arrêt du 8 juillet 1649, au premier tome du *Journal des Audiences*; autre arrêt du 15 juillet 1706, au *Journal des Audiences.*

Lorsque le créancier se paie par lui-même du prix d'une chose qui lui était hypothéquée, et qu'il a fait vendre, on suit, pour l'imputation, d'autres règles que celles qui ont été ci-dessus établies.

Première règle.—La première règle est, que l'imputation doit, en ce cas, se faire sur la dette à laquelle la chose était hypothéquée, plutôt que sur celles auxquelles elle ne l'était pas, quelque intérêt qu'eût le débiteur de les acquitter plutôt que celle-ci ; L. 101, § 1, ff. *de Solut.*

Nota. Lorsque la dette à laquelle la chose était hypothéquée, porte intérêt, le créancier peut faire l'imputation sur les intérêts, avait de la faire sur le capital ; L. 48, *dict. tit.*

Seconde règle.—Lorsque la chose était obligée à différentes dettes, l'imputation se fait sur celle dont le droit d'hypothèque était le plus fort.

Par exemple, si l'une des dettes a une hypothèque privilégiée, et que les autres n'aient qu'une hypothèque simple, l'imputation se fera d'abord sur la dette dont l'hypothèque était privilégiée. Entre des hypothèques simples, l'imputation se fera sur la dette dont l'hypothèque était la plus ancienne Si les droits d'hypothèque étaient égaux, l'imputation doit se faire sur toutes par contribution, *pro modo debiti ;* L. 96, § 3, ff. *dict. tit.*

---

* *C. L.* 2159.—Semblable au *C. N.*

---

* *C. N.* 1253.—Semblable au texte.

[ARTICLE 1159.]

1159. Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital de préférence aux arrérages ou intérêts ; le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.

1159. A debtor of a debt which bears interest or produces rent, cannot without the consent of the creditor impute any payment which he makes to the discharge of the capital, in preference to the arrears of interest or of rent. Any payment made on the capital and interest, but which is not entire, is imputed first upon the interest.

---

* *ff. De solut. et liber., Liv.* 46, *Tit.* 3, *L.* 99. } 99. Debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ea re damnum aliquid passurus sit. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } 99. Que le débiteur ne doit pas être forcé à recevoir son argent en d'autres espèces, s'il doit en souffrir quelque dommage. (PAUL).

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1161 et *Pothier*, sur art. 1158.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 4, *Tit.* 1. *sec.* 4, *n°* 2 *et s.* } 2. Si dans le même cas d'un débiteur qui doit plusieurs dettes à un même créancier, ce débiteur lui fait un paiement sans en faire en même temps l'imputation sur quelqu'une de ces dettes, soit qu'il lui donne de l'argent indéfiniment sur ce qu'il lui doit, ou qu'il se trouve avoir à faire quelque compensation ou autrement, il aura toujours cette même liberté d'imputer ce paiement sur la dette qu'il voudra acquitter. Que si le créancier faisait l'imputation, il ne pourra la faire

que sur celle de ces dettes qu'il voudrait lui-même acquitter la première s'il les devait. Car il est de l'équité qu'il fasse l'affaire de son débiteur comme il ferait la sienne. Et si, par exemple, de deux dettes, l'une était contentieuse, et l'autre liquide, il ne pourrait pas imputer le paiement sur la dette qui serait en contestation. (C. civ. 1254.)

3. Dans tous les cas où un débiteur de plusieurs dettes envers un même créancier, se trouverait avoir fait des paiements dont l'imputation n'eût pas été faite de gré à gré entre les parties, et où elle devait être réglée en justice ou par des arbitres, l'imputation doit se faire sur la dette la plus dure au débiteur, et dont il lui importe le plus de s'acquitter. Ainsi, on impute plutôt sur une dette dont le défaut de paiement pourrait être suivi de quelque peine et de quelques dommages et intérêts, ou qui pourrait intéresser l'honneur du débiteur, que sur une autre dont il n'y aurait pas à craindre de pareilles suites. Ainsi, on impute sur une dette pour laquelle un fidéjusseur serait obligé, avant que d'acquitter ce que le débiteur devrait sans caution, ou sur ce qu'il devait en son nom avant que de payer ce qu'il ne devait que comme caution d'un autre. Ainsi, on impute plutôt su une dette pour laquelle le débiteur aurait donné des gages et hypothèques, que sur une simple promesse; plutôt sur une dette dont le terme serait échu, que sur une dette non encore échue ; ou sur une dette plus ancienne que sur une nouvelle; et plutôt sur une dette liquide, que sur celle qui serait en contestation; ou sur une dette pure et simple, que sur une dette conditionnelle. (C. civ. 1256.)

4. Lorsqu'un paiement fait à un créancier à qui il est dû de diverses dettes, est plus fort que celle sur laquelle l'imputation doit être faite, le surplus doit être imputé sur celle qui suit, selon l'ordre expliqué dans l'art. 3; si ce n'est que le débiteur fasse un autre choix. (C. civ. 1256.)

5. Si un débiteur fait un paiement sur des dettes qui, de leur nature, produisent des intérêts, comme une dot, ou un contrat de vente, ou dont il en soit dû par une condamnation

en justice, et que le paiement ne suffise pas pour acquitter et le principal et les intérêts qui s'en trouveront dus, l'imputation se fera premièrement sur les intérêts, et le surplus sera déduit sur le principal. (C. civ. 1254.)

6. Si dans les cas de l'article précédent le créancier avait donné une quittance indistinctement sur le principal et sur les intérêts, ou tant sur le principal que sur les intérêts, l'imputation ne se ferait pas au sol la livre en partie sur le principal, et en partie sur les intérêts, mais premièrement sur les intérêts et du surplus sur le principal. (C. civ. 1254.)

7. Quand un débiteur s'obligeant envers un créancier pour diverses causes dans le même temps, lui donne des gages ou des hypothèques qu'il affecte pour toutes, les deniers qui en proviendront, si on vient à les vendre, seront imputé au sol la livre sur chaque dette. Mais si les dettes sont de divers temps sur les mêmes gages et hypothèques, de sorte que le débiteur ait affecté pour les dernières, ce qui pourrait rester du gage après le paiement des premières, l'imputation des deniers qui en proviendront se fera premièrement sur la dette la plus ancienne. (C. civ. 1256) Et dans l'un ou l'autre cas, s'il se trouve dû des intérêts de la dette sur laquelle le paiement devra être imputé, ils seront payés avant que rien soit acquitté sur le principal.

---

* *C. L.* 2160. } Le débiteur d'une dette qui porte intérêts, ou d'une chose qui produit des loyers, ne peut pas, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il a fait sur le capital, lorsqu'il y a des intérêts ou des loyers dus. Tout payement qui n'éteint pas à la fois le capital ou les intérêts doit s'imputer d'abord sur les intérêts.

---

* *C. N.* 1254. } Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur

le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.

1160. Lorsque le débiteur de plusieurs dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il ne se rencontre quelqu'une des causes qui annulent les contrats.

1160. When a debtor of several debts has accepted a receipt by which the creditor has imputed what he has received in discharge specially of one of the debts, the debtor cannot afterwards require the imputation to be made upon a different debt, except upon grounds for which contracts may be avoided.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1159 et *Pothier*, sur art. 1158.

---

* *C. L.* 2161. } Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance, par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une des dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

---

* *C. N.* 1255. } Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

[ARTICLE 1161.]

1161. Lorsque la quittance ne comporte aucune imputation, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui étaient pareillement échues ; si de plusieurs dettes une seule est exigible, le paiement s'impute sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne sont pas encore échues.

Si les dettes sont de même nature et également onéreuses, l'imputation se fait sur la plus ancienne.

Toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

1161. When the receipt makes no special imputation, the payment must be imputed in discharge of the debt actually payable which the debtor has at the time the greater interest in paying. If of several debts one alone be actually payable, the payment must be imputed in discharge of such debt although it be less burdensome than those which are not actually payable.

If the debts be of like nature and equally burdensome, the imputation is made upon the oldest.

All things being equal, it is made proportionally on each.

Voy. autorités, sur arts. 1158, 1159 et 1160.

---

* *De solut. et liberat. Liv.* 46, *Tit.* 3, *L.* 2 *et s. et L.* 103. } *L.* 2. Dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit. (Florentinus).

L. 3. Cæterùm posteà non permittitur. Hæc res efficiet, ut in duriorem causam semper videatur sibi debere accepto ferre : ita enim et in suo constitueret nomine.

§ 1. Quod si fortè à neutro dictum sit, in his quidem nominibus, quæ diem vel conditionem habuerunt, id videtur solutum, cujus dies venit. (Ulpianus).

[ARTICLE 1161.]

L. 4. Et magis quod meo nomine, quàm quod pro alio fidejussorio nomine debeo : et potius quod cum pœna debetur, quam quod sine pœna debetur : et potiùs quod satisdato, quàm quod sine satisdatione debeo. (POMPONIUS).

L. 5. In his vero quæ præsenti die debentur, constat, quotiens indistinctè quid solvitur, in graviorem causam videri solutum. Si autem nulla prægravet (id est, si omnia nomina similia fuerint), in antiquiorem. Gravior videtur, quæ et sub satisdatione videtur, quàm ea quæ pura est.

§ 1. Si duos quis dederit fidejussores, potest ita solvere, ut unum liberet.

§ 2. Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit, si sint usuræ debitæ, et aliæ indebitæ, quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum, tam debitarum, quàm indebitarum pertinere : putà cùm quædam earum ex stipulatione, quædam ex pacto naturaliter debebantur. Si vero summa usurarum debitarum et non debitarum, non eadem sit, æqualiter ad utramque causam proficit quod solutum est, non pro rata : ut verba rescripti ostendunt. Sed si fortè usuræ non sint debitæ, et quis simpliciter solverit quas omnino non erat stipulatus, imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, ut in sortem cedant. Eidem autem rescripto ita subjicitur: Quod generaliter constitutum est, *priùs in usuras nummum solutum accepto ferendum*, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur. Et sicut ex pacti conventione datæ repeti non possunt, ita proprio titulo non numeratæ, pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur.

§ 3. Apud Marcellum libro vicesimo digestorum quæritur, si quis ita caverit debitori, in sortem et usuras se accipere : utrum pro rata et sorti, et usuris decedat, an vero prius in usuras, et si quid superest, in sorte ? Sed ego non dubito, quin hæc cautio in sorte et in usuras, prius usuras admittat : tunc deinde, si quid superfuerit, in sortem cedat. (ULPIANUS).

L. 6. Nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potius ex jure sumitur id quod agi videtur. (PAULUS).

L. 7. Si quid ex famosa causa et non famosa debeatur, id solutum videtur, quod ex famosa causa debetur. Proinde si quid ex causa judicati et non judicati debetur, id putem solutum, quod ex causa judicati debetur : et ita Pomponius probat. Ergo si ex causa quæ inficiatione crescit, vel pœnali debetur, dicendum est id solutum videri, quod pœnæ habet liberationem. (ULPIANUS).

L. 8. Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, et omnibus summis pro portione videri solutum. (PAULUS).

L. 103. Cùm ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, Julianus elegantissimè putat ex ea causa eum solvisse videri debere, ex qua tunc cùm solvebat, compelli poterit ad solutionem. (MÆCIANUS).

Ibidem. } *L.* 2. Dans le paiement il doit être
Trad. de M. Berthelot. } libre au créancier de ne pas accepter, et au débiteur de ne pas donner, si l'un des deux veut que le paiement soit imputé sur une autre créance. (FLORENTIN).

L. 3. Au reste, ce moment passé, cela n'est plus permis. Cela fait que le créancier paraît devoir faire porter la quittance sur la cause la plus dure : car c'est ainsi qu'il le déciderait s'il payait sa dette.

§ 1. Que si par hasard cela n'a été réglé ni par l'un ni par l'autre, à l'égard des créances qui ont un jour fixe ou une condition, celle-là paraît acquittée dont le jour est arrivé. (ULPIEN).

L. 4. Et de préférence ce que je dois en mon nom, à ce que je dois comme caution ; et ce que je dois sous une peine, à ce que je dois sans une peine ; et plutôt ce que je dois avec une caution que ce que je dois sans avoir fourni de caution. (POMPONIUS).

L. 5. Mais dans les choses qui sont dues au jour présent, il est certain que toutes les fois que quelque chose est payé sans déclarer pour quelle créance, cela paraît payé pour la cause la plus onéreuse. Mais si aucune n'est plus dure, c'est-à-dire si toutes les obligations sont égales, on l'imputera sur

la plus ancienne. On regarde comme plus dure celle qui est cautionnée, que celle qui est pure et simple.

§ 1. Si quelqu'un a donné deux fidéjusseurs, il peut payer de manière à en libérer un seul.

§ 2. L'empereur Antonin avec son père, a rescrit que, lorsqu'un créancier retire de l'argent par la vente d'un gage, s'il y a des intérêts, les uns dus civilement et les autres naturellement, ce qui est payé pour les intérêts s'applique à la cause de ces deux espèces d'intérêts, dont, par exemple, les uns étaient dus en vertu d'une stipulation, les autres d'un simple pacte. Mais si la somme des intérêts dus civilement n'est pas égale à celle des autres, ce qui a été payé profite également à l'une et à l'autre cause, mais non pas à proportion, comme le montrent les termes du rescrit. Mais si par hasard les intérêts ne sont pas dus civilement, et que quelqu'un ait payé simplement et volontairement des intérêts qu'il n'avait point promis par stipulation, l'empereur Antonin a rescrit, avec son frère, que ce paiement s'imputera sur le principal. Au pied du même rescrit on lit ces mots : Ce qui a été généralement décidé que le paiement doit d'abord être réputé avoir acquitté les intérêts, paraît regarder les intérêts que le débiteur est contraint de payer. Et de même que ceux qui sont payés ensuite d'un pacte ne peuvent être redemandés, de même s'ils n'ont pas été payés particulièrement sous leur nom, on ne les regardera pas comme payés à la volonté de celui qui a reçu le paiement.

§ 3. Dans Marcellus, au livre vingtième du digeste, on demande, lorsque quelqu'un a ainsi déclaré au débiteur, qu'il reçoit pour le principal et les intérêts, si le paiement est imputé au prorata, et sur le principal et sur les intérêts, ou plutôt s'il ne le sera pas d'abord sur les intérêts, et ce qui en restera sur le principal ? Mais moi je ne doute pas que cette déclaration sur le principal et les intérêts n'acquitte d'abord les intérêts, pour ensuite, s'il reste quelque chose, être à l'acquit du principal. (ULPIEN).

L. 6. Car ce n'est pas l'ordre de l'écriture que l'on regarde,

mais plutôt on décide d'après le droit ce que l'on paraît avoir voulu faire. (PAUL).

L. 7. Si quelque chose est dû et pour une cause qui emporte infamie, et pour une cause qui ne l'emporte pas, on paraît avoir payé pour la cause infamante. C'est pourquoi si l'on doit et en vertu de jugement et pour toute autre cause, je penserais que l'on est présumé avoir payé en exécution du jugement ; et Pomponius est de cet avis. Ainsi lorsque l'on doit pour une cause qui croît par la dénégation, ou pour une cause pénale, il faut dire que l'on paraît avoir payé ce qui libère de la peine. (ULPIEN).

L. 8. Pomponius dit que ce n'est pas sans choix que l'on a décidé que si la cause des jours et des contrats est la même, on paraît avoir payé au prorata sur toutes les sommes. (PAUL).

L. 103. Lorsqu'un débiteur pour plusieurs causes a payé de l'argent, Julien pense, par une raison bien choisie, qu'il doit paraître avoir payé pour cette cause pour laquelle à l'instant qu'il payait il pouvait être forcé de payer. (MÆCIEN).

---

5 *Demolombe*, *Des Contrats*, *nos* 28 *et s.* } 28. L'unité de la dette n'est pas le seul obstacle qui s'oppose au libre exercice par le débiteur, de la faculté d'imputation, que l'article 1253 lui accorde.

Lors même qu'il existe plusieurs dettes, cette faculté ne peut être exercée, qu'autant que ces dettes diverses sont, comme dit l'article 1256, d'*égale nature*, et qu'elles ont toutes également pour objet des choses fongibles, susceptibles d'être remplacées l'une par l'autre, et d'être, en conséquence aussi, payées l'une pour l'autre.

En dehors de cette condition, le droit du débiteur rencontrerait encore pour limite le droit du créancier.

Est-ce la peine de dire, par exemple, que la question d'imputation ne peut même pas naître sur deux dettes de corps certains ?

Je dois, en vertu de deux causes différentes, à Paul d'un côté un cheval, et de l'autre une pendule.

Quel que soit celui des deux objets que je lui paye, il n'y a, bien entendu, sur celle de mes deux dettes, que je vais acquitter, aucune incertitude possible !

Et si je prétendais, en lui payant le cheval, m'acquitter de ma dette de la pendule, mon créancier serait fondé à me répondre que je ne puis pas le contraindre à recevoir une autre chose que celle qui lui est due. (Art. 1243.)

29. La même observation est applicable à deux dettes de quantités, lorsque ces quantités ne sont pas de même espèce ; comme si je devais à Paul, en vertu de deux obligations distinctes, du blé et du vin.

C'est ainsi que l'article 1291 dispose que :

" La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes, qui ont " également pour objet des choses fongibles de la même " espèce......"

De sorte que nous pouvons dire que les dettes, qui sont susceptibles d'imputation, sont les dettes qui sont susceptibles de compensation.

30. Voilà pourquoi il faut aussi qu'elles soient également liquides et exigibles. (Art. 1291 ; ajout. art. 1256 et 1258, 4°.)

Du moins, l'exigibilité est-elle nécessaire, lorsque le terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier.

31. De même, pour que le débiteur puisse exercer librement son droit d'imputation, il faut que les deux dettes soient de sommes ou de quantités égales.

Autrement, le droit du débiteur va rencontrer encore pour limite le droit du créancier de ne point recevoir un payement partiel (art. 1244).

Je dois à Paul, en vertu de deux causes différentes, 2000 fr. d'un côté, et de l'autre 3000 fr.

Et je lui offre 2000 fr.

Puis-je imputer ce payement, à mon gré, sur l'une ou sur l'autre de mes dettes ?

Evidemment non !

Puisque l'une de mes dettes est de 3000 fr. et que je n'offre que 2000 fr.

Et si je lui offrais 3000 francs ?

Je pourrais sans doute alors les imputer sur la dette de 3000 fr.

Mais, pour les imputer sur la dette de 2000 fr., il me faudrait en déduire 1000, que je ne pourrais pas reporter sur l'autre dette, puisqu'elle est de 2000 fr. et qu'il ne me reste plus que 1000 fr.

On voit, par ces exemples, combien le droit du créancier restreint, en effet, souvent le droit du débiteur, et que la faculté d'imputation, qui est accordée à celui-ci par l'article 1253, n'est, en réalité, comme on l'appelle, *arbitraire*, que dans une assez étroite limite.

---

* *C. L.* 2162.—Semblable au *C. N.*

---

* *C. N.* 1256. } Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues ; sinon, sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point.

Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne : toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

---

§ 4. *Des offres et de la consignation.*

1162. Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles

§ 4. *Of tender and deposit.*

1162. When a creditor refuses to receive payment, the debtor may make an actual tender of the mo-

de la somme de deniers, ou de la chose due ; et dans toute poursuite qui pourrait être intentée subséquemment pour en obtenir le recouvrement, il peut plaider et renouveler ses offres, et si la chose due est une somme de deniers, il peut la consigner ; et telles offres, ou offres avec consignation, si la chose due est une somme de deniers, équivalent, quant au débiteur, à un paiement fait le jour des premières offres ; pourvu que depuis ces premières offres le débiteur ait toujours été prêt et disposé à livrer la chose, ou à payer la somme due.

ney or other thing due ; and in any action afterwards brought for its recovery he may plead and renew the tender, and if the thing due be a sum of money, may deposit the amount ; and such tender, or such tender and deposit, if the thing due be a sum of money, are equivalent with respect to the debtor to a payment made on the date of the first tender ; provided that from the date of the first tender the debtor continue always ready and willing to deliver the thing or to pay the sum of money.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 572 *et s.* } 572. La *consignation* est un dépôt que le débiteur fait par autorité de justice, de la chose ou de la somme qu'il doit, entre les mains d'une tierce personne.

573. La consignation n'est pas proprement un paiement : car le paiement renferme essentiellement la translation de la propriété de la chose qui est payée, en la personne du créancier (*Suprà*, n° 540). Or il est évident que la consignation ne transfère pas la propriété de la chose consignée, en la personne du créancier ; le créancier ne pouvant l'acquérir qu'en recevant volontairement la chose qui lui est offerte : *Dominium non acquiritur, nisi corpore et animo.*

Mais quoique la consignation qui se fait sur le refus du créancier de recevoir la chose ou la somme à lui due, qui lui est offerte, ne soit pas un véritable paiement, néanmoins lorsqu'elle est faite visiblement, elle équipolle à un paiement et elle éteint la dette, de même que l'éteindrait le paiement réel qui serait fait au créancier ; *Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter factâ, liberationem contingere manifestum est ;* L. 9, Cod. *de Solut.*

574. Pour que cette consignation soit valable et équipolle à paiement, il faut qu'il n'ait pas tenu au débiteur de payer au créancier, et que le créancier ait été mis en demeure de recevoir, par des offres valables qui lui aient été faites.

Pour que les offres soient valables, il faut 1° qu'elles soient faites au créancier, s'il est capable de recevoir ; sinon à celui qui a qualité pour recevoir à sa place, tel qu'est son tuteur, son curateur, etc.

S'il y avait une personne indiquée par le contrat, à qui le paiement pût se faire, les offres pourraient se faire à cette personne : car le débiteur ayant droit, par la loi de la convention, de payer à cette personne, c'est une suite de ce droit qu'il ne soit pas obligé d'aller chercher le créancier.

Il faut, 2° qu'elles soient faites par une personne capable de payer : car celui qui n'est pas capable de payer, n'est pas capable d'offrir.

575. Il faut, 3° que les offres soient de la somme entière, à moins que les lois de la convention n'accordent la faculté au débiteur de payer par parties : autrement les offres n'ont pu mettre en demeure le créancier, qui n'était pas obligé de recevoir sa dette par parties.

576. Il faut, 4° lorsque la dette a été contractée sous une condition, que cette condition soit arrivée ; et s'il y a un terme de paiement stipulé en faveur du créancier, que ce terme soit échu : car, tant que le créancier ne peut être obligé de recevoir, les offres qui lui sont faites ne peuvent le mettre en demeure.

577. Il faut, 5° que ces offres soient faites au lieu où doit

se faire le paiement : *Ità demùm oblatio debiti liberationem parit, si eo loco quo debetur, solutio fuerit celebrata ;* L. 9, Cod. *Solut.*

C'est pourquoi, si la somme due est payable au créancier en sa maison, les offres ne peuvent lui être valablement faites qu'en sa maison. Si la somme est payable en un autre lieu, la sommation peut lui être faite au domicile par lui élu en ce lieu pour recevoir : et s'il n'en a point élu, il faudra l'assigner à sa personne ou à son domicile, devant son juge, pour faire ordonner qu'il sera tenu à élire un domicile où le débiteur puisse faire son paiement, sinon qu'il sera permis au débiteur de consigner.

Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, il faudra faire sommation au créancier, à personne ou domicile, de l'enlever ; et sur cette sommation, qui tient lieu d'offre de paiement, le débiteur pourra obtenir du juge la permission de mettre cette chose en dépôt dans quelque lieu, s'il a besoin des cénacles que cette chose occupe.

578. Enfin il doit être dressé un acte des offres et de la sommation faite en conséquence au créancier.

Cet acte de sommation doit se faire par un huissier ou sergent, et être revêtu des formalités des autres exploits : il est d'usage qu'il soit recordé de témoins pour attester les offres.

Cette sommation contient aussi assignation devant le juge, sans délai pour faire ordonner de la consignation : la sentence qui ordonne de la consignation, se signifie au créancier, avec assignation pour être présent à la consignation chez un tel, à tel jour, à telle heure.

Il n'est pas néanmoins nécessaire pour la validité de la consignation. qu'elle ait été précédée de l'ordonnance du juge. Quoique le débiteur, par sa sommation, n'ait pas donné d'assignation devant le juge au créancier et qu'il ait déclaré simplement au créancier que sur son refus il allait consigner en tel lieu, à tel jour, à telle heure, consignation faite en conséquence, dûment signifiée au créancier, est valable, et

le jugement qui intervient par la suite, et qui la confirme, a un effet rétroactif au temps où elle a été faite ; arrêt du 11 août 1703, au *Journal des Audiences.*

579. Cette consignation doit se faire au jour et à l'heure indiqués ; elle doit, pour être valable, être de la somme due à moins qu'il n'y eût faculté, par la convention, de payer par parties.

On dresse un acte de consignation, qui contient le bordereau des espèces dans lesquelles elle a été faite ; et on le signifie au créancier.

580. L'effet de la consignation est que, si elle est jugée valable, le débiteur est censé avoir été pleinement libéré par la consignation : et quoique, *subtilitatè juris*, il demeure propriétaire des espèces consignées, jusqu'à ce qu'elles aient été retirées par le créancier, ces espèces cessent d'être à ses risques, et elles deviennent aux risques du créancier, qui, de créancier qu'il était d'une somme, devient créancier desdites espèces, *tanquàm certorum corporum ;* et il est créancier, non plus de son débiteur, qui a été pleinement libéré par la consignation : mais il est créancier du consignataire, qui par la consignation, s'oblige, *tanquàm ex quasi contractu*, à restituer lesdites espèces au créancier, si la consignation est jugée valable, ou au débiteur qui les a consignées, si la consignation est déclarée nulle.

De là il suit que l'augmentation ou diminution qui surviendrait dans les espèces, doit être au profit ou à la perte du créancier, si la consignation est jugée valable ; car lorsque la chose due est un corps certain, elle est aux risques du créancier. Si la consignation n'est pas jugée valable, le débiteur retirera les espèces telles qu'elles se trouveront.

En cas d'une augmentation survenue sur les espèces depuis la consignation, le débiteur n'est pas recevable, pour profiter de cette augmentation, à vouloir retirer les espèces consignées, et à soutenir la consignation nulle : car nul n'est recevable à arguer sa propre procédure. Les formes auxquelles le débiteur aurait manqué, étant établies en faveur

du créancier, il n'y a que le créancier qui ait droit de se plaindre, si elles n'ont pas été observées.

Il reste une question ; c'est de savoir si la consignation ayant été régulièrement faite, et le débiteur ayant retiré volontairement les espèces par lui consignées, cette consignation doit être regardée comme non avenue vis-à-vis des cautions et des coobligés de ce débiteur ; et si en conséquence les cautions et les coobligés demeurent obligés (1).

On tire argument de la loi *fin.* ff. *de Pact.*, qui décide, que, lorsque le débiteur a acquis à lui et à ses cautions, par le pacte *de non petendo*, intervenu entre le créancier et lui, une exception contre l'action du créancier, il ne peut plus, en renonçant à ce pacte, par une convention contraire, priver ses cautions de l'exception qui leur a été acquise : à plus forte raison, dit-on, il ne doit pas être en son pouvoir de faire revivre l'obligation de ses cautions, après qu'elles ont été libérées de plein droit par la consignation.

On ajoute que de même qu'après un paiement réel qui éteint la dette, la restitution volontaire que le créancier ferait à son débiteur, des espèces qu'il lui a payées, ne ferait pas revivre la dette, de même après la consignation, qui tient lieu de paiement, et qui a la même vertu d'éteindre la dette, la restitution des espèces consignées, faites au débiteur, ne peut pas faire revivre la dette.

Nonobstant ces raisons, il a été jugé par un arrêt de 1624, rapporté par Basset, IV, 21, 2, que la consignation devait être, en ce cas, réputée comme non avenue ; et que les cautions demeuraient obligées.

Basset donne pour raison de cette décision, que la consignation qui éteint la dette, n'est pas une consignation momentanée, mais une consignation *quæ in suo statu permanserit* et qui n'ait pas été retirée par le débiteur qui l'a faite. Mais ne peut-on pas répliquer que c'est une pétition de principe ?

(1) Les art. 1261, 1262, 1263, C. civ., répondent à cette question. *V.* ces articles. (BUGNET).

Car il est précisément question de savoir si le débiteur qui a fait une consignation dans les règles, peut la retirer au préjudice de ses cautions ?

Je penserais qu'on doit distinguer, si la consignation a été retirée par le débiteur, avant qu'elle ait été ordonnée ou déclarée valable par le juge, ou si elle n'a été retirée que depuis.

Au premier cas, je pense que la consignation doit être regardée comme non avenue, et que les cautions ne sont pas libérées : car la consignation n'étant pas en soi-même un paiement, c'est de l'autorité du juge qu'elle tient la vertu qu'elle a d'équipoller à un paiement et d'éteindre la dette.

La sentence du juge qui déclare valable une consignation, a, je l'avoue, un effet rétroactif, et la consignation confirmée par cette sentence, est censée avoir éteint la dette dès l'instant qu'elle a été faite ; mais une consignation qui n'a été ni ordonnée ni confirmée par le juge, et que le débiteur a retirée, n'a pu avoir la vertu d'éteindre la dette, ni de libérer par conséquent les cautions ; et elle doit être regardée comme non avenue.

Dans le second cas, lorsque le débiteur n'a retiré les deniers par lui consignés, qu'après que la consignation a été déclarée valable, je ne pense pas que cela puisse préjudicier aux cautions et aux codébiteurs qui ont été libérés par cette consignation (1).

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Const.*, *de rente n°* 203. } 203. Lorsque le créancier refuse de recevoir la somme qui lui est offerte pour le rachat de la rente qui lui est due, le débiteur ou autre qui a le droit de faire ce rachat, peut lui faire sommation, à personne ou domicile, de recevoir la

(1) On voit que le Code a consacré la distinction faite par Pothier, seulement il décide que le débiteur ne peut plus retirer sa consignation, sans le consentement du créancier, après que le jugement l'a déclarée valable; et Pothier semble supposer le contraire. (Bugnet).

somme à laquelle montent tant le principal de la rente que tous les arrérages qui en son dus, et qui ont couru jusques et compris le jour de la sommation : après la sommation, il peut consigner cette somme, et la consignation qu'il en fait opère ce rachat et l'extinction de la rente, de même que l'aurait opéré le remboursement et paiement réel ; car c'est une maxime, " que la consignation équipolle au paiement : *Obsignatione pro solutione est.* "

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Dépôt* n° 109 *et s.* } 109. Le receveur des consignations contracte, par la consignation, l'obligation de garder avec fidélité et avec soin les deniers qui lui sont consignés, et de les délivrer sous la déduction de ses droits de consignation, après que l'ordre aura été arrêté, aux créanciers, tant saisissants qu'opposants, pour la part quant à laquelle chacun d'eux aura été utilement colloqué dans l'ordre.

Il contracte cette obligation envers lesdits créanciers, et même quelquefois aussi envers le saisi, dans le cas où s'étant trouvé dans les deniers consignés de quoi satisfaire tous les créanciers, tant en principaux intérêts, que frais, il en resterait encore quelque chose ; car, en ce cas, ce restant devrait être délivré au saisi.

110. La fidélité que le receveur des consignations doit apporter à la garde des sommes de deniers qui lui sont consignées, ne lui permet pas de s'en servir, autrement il se rendrait coupable de vol ; *suprà*, *n*° 34.

111. Il ne suffit pas au receveur des consignations d'apporter de la fidélité à la garde des deniers qui lui sont confiés ; il doit y apporter tout le soin possible : et la faute la plus légère de sa part ou de celle de ses commis, suffit pour le rendre responsable de la perte qui en arriverait.

On peut tirer pour notre décision un argument de ce qui est décidé par la Loi 1, § 35, ff. *Depos.*, " que celui qui s'est présenté lui-même pour se charger d'un dépôt, est tenu de

la faute la plus légère, parce qu'il a pu, en se présentant, empêcher qu'une autre personne plus diligente que lui ne s'en chargeât," comme nous l'avons vu *suprà*, nº 30. On peut dire pareillement que le receveur des consignations, en se présentant de lui-même pour remplir l'office de receveur des consignations, s'est comme présenté de lui-même à la garde de tous les dépôts qui dépendent de son office, et qu'il a empêché que quelque autre personne qui aurait pu être plus soigneuse que lui, ne remplît son office, et ne fût chargée des dépôts qui en dépendent.

Ajoutez que les receveurs des consignations, se faisant payer très chèrement de leur garde, pour les gros droits de consignation qui leur sont attribués, ils doivent apporter à cette garde un soin proportionné à l'émolument qu'ils en retirent.

112. Ce n'est qu'après le jugement d'ordre, que le receveur des consignations doit rendre la somme consignée, pour la part pour laquelle chacun d'eux a été colloqué par l'ordre.

113. Il doit la leur rendre dans les mêmes espèces qui lui ont été consignées : car c'est de la restitution de ces mêmes espèces *in individuo* qu'il est débiteur : c'est pourquoi si elle venait à se perdre sans sa faute, par quelque accident de force majeure, il serait libéré de son obligation, comme le sont tous les débiteurs de corps certains ; et la perte serait supportée par les créanciers qui auraient dû venir en ordre pour les toucher, comme nous l'avons vu *suprà* nº 104.

Par la même raison, s'il survenait, depuis la consignation, une diminution sur les espèces, cette diminution devrait tomber sur les créanciers colloqués utilement dans l'ordre ; et le receveur de ces consignations ne serait obligé de délivrer à chacun d'eux que le nombre d'espèces qui, au temps de la consignation, faisaient la somme pour laquelle chacun d'eux se trouve colloqué dans l'ordre ; quoique, au moyen de la diminution survenue dans les espèces, elle ne fissent plus cette somme.

Vice versâ, si c'était une augmentation qui fût survenue sur

les espèces depuis la consignation, lesdits créanciers en devraient profiter, et le receveur des consignations devrait délivrer à chacun d'eux le même nombre d'espèces qui, au temps de la consignation, faisaient la somme pour laquelle chacun d'eux se trouve colloqué dans l'ordre, quoique, au moyen de l'augmentation, elle fassent une somme beaucoup plus grande.

Par exemple si j'ai été colloqué pour une somme de 2,400 livres, à laquelle monte ma créance en principal, arrérages et frais, dans l'ordre d'une somme consignée en louis d'or de 24 livres, et que, depuis la consignation, il soit survenu une augmentation sur les espèces, qui les ait fait valoir trente livres, le receveur des consignations me devra compter cent louis d'or, qui lors de la consignation faisaient précisément la somme de 2,400 livres, pour laquelle j'ai été colloqué, quoique ces cent louis d'or, au moyen de l'augmentation, soient de valeur de 3,000 livres.

114. Cette obligation que le receveur des consignations contracte "de rendre les deniers consignés à ceux auxquels il aura été jugé qu'ils appartiennent, " est imprescriptible. L'édit du mois de février de 1679, article 36, s'exprime ainsi :
" Les deniers consignés pourront être perpétuellement ré-
" clamés, sans qu'en aucun cas les receveurs puissent allé-
" guer prescription, pour quelque laps de temps que ce soit ;
" et à cet effet ils seront tenus de représenter en tout temps
" leurs registres et quittances par-devant les juges de leur
" exercice, quand il sera ainsi ordonné sur les conclusions
" de nos procureurs, ou sur celles des parties intéressées. "

La déclaration du roi du 16 juillet 1669, art. 16, porte la même chose.

La raison est que la qualité de receveur des consignations, chez qui est, ou doit se trouver la caisse des consignations, dans laquelle sont ou doivent être les deniers consignés, réclame perpétuellement contre ces receveurs pour la restitution des deniers consignés à ceux pour et au nom desquels

ils les ont reçus, et envers lesquels ils s'en sont rendus dépositaires.

115. Le receveur des consignations étant un dépositaire judiciaire, il est contraignable par corps à la restitution des effets consignés.

Cette contrainte lui est personnelle ; ses héritiers qui succèdent à son obligation, n'en sont tenus que civilement.

Observez néanmoins que le roi ayant voulu que les receveurs des consignations fussent tenus de la restitution des deniers consignés, comme pour deniers royaux, on n'accorde pas à leurs héritiers le bénéfice d'inventaire pour la dette des consignations, Arrêt du 16 juillet 1618, rapporté par Brodeau sur Louet, lettre H, art. 18.

118. L'obligation du receveur des consignations ne peut s'éteindre que de deux manières ; ou par la perte des deniers consignés survenue sans sa faute, par quelque accident de force majeure ; ou par la restitution qu'il en fait à ceux à qui ils appartiennent, ou à ceux qui ont pouvoir ou qualité de les recevoir pour eux.

Lorsqu'un receveur des consignations a résigné son office, il doit remettre à son successeur tous les registres et pièces qui concernent la recette des consignations, ensemble tous les deniers qui sont dans sa caisse, qui proviennent des différentes consignations, et toutes les quittances de ceux qu'il a rendus. Le juge doit, à sa réquisition, en dresser un procès-verbal, dont la minute doit rester au greffe ; et le successeur à l'office doit se charger, au bas du procès-verbal, de tout ce qui lui est remis. C'est la disposition de l'Edit du mois de février 1689, art. 9.

Par ce moyen, le ci-devant receveur des consignations transfère à son successeur toutes les obligations qu'il avait contractées par les différentes consignations qui lui ont été faites. En rendant à son successeur à l'office de receveur des consignations, les deniers des différentes consignations qu'il était obligé de rendre à ceux à qui ils appartiennent, il les rend à une personne qui a qualité de les recevoir pour eux

et il en est en conséquence libéré et déchargé envers eux ; le nouveau receveur des consignations, en les recevant, en devient débiteur à sa place.

Après la mort du receveur des consignations, sa veuve et ses héritiers doivent, de la même manière, remettre au successeur les deniers consignés au défunt, et tout ce qui dépend de la recette des consignations ; quoi faisant, ils sont déchargés des obligations auxquelles ils avaient succédé ; et le nouveau receveur devient, à leur place, débiteur des deniers consignés.

Si le ci-devant receveur des consignations, sa veuve ou ses héritiers tardaient à remettre les deniers consignés, et les registres et papiers qui dépendent de la recette, le nouveau receveur devrait les poursuivre pour se les faire remettre ; autrement, faute de rapporter ces diligences, il serait tenu de toutes les consignations faites à son prédécesseur.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des paiements*, *liv.* 4, *tit.* 1, *sec.* 2, *n*° 8. } 8. Lorsqu'un débiteur, offrant tout ce qu'il doit, et dans le lieu où il doit payer, le créancier refuse de le recevoir, il est permis à ce débiteur de le consigner ; et la consignation faite dans les formes lui tiendra lieu de paiement de ce qu'il devait, et fera cesser les rentes ou intérêts, si la dette subsistant devait en produire. (C. civ. 1257, s.)

Comme il n'est pas permis au débiteur de consigner, s'il ne paraît que le créancier ait refusé de recevoir le paiement, et que même il peut se faire qu'il ait quelque juste cause de le refuser, le débiteur ne peut consigner sûrement si la consignation n'est permise en justice.

---

* 1 *Pigeau*, *Proc. civ.*, *p.* 430 *et s.* } 1° *Qui peut faire des offres.*—Pour faire des offres valablement, il faut être propriétaire de la chose ou somme qu'on présente, et avoir le pouvoir de l'aliéner, autrement elles seraient nulles : ainsi, un créancier pourrait refuser des offres faites à la re-

quête d'un mineur en tutelle, d'une femme mariée, non autorisée à administrer ses biens.

Si celui qui doit est incapable d'aliéner, c'est à celui qui est préposé par la loi ou la justice à l'administration de son bien, de le faire : ainsi, le tuteur doit offrir pour son mineur, le mari pour sa femme, lorsqu'il a l'administration de ses biens.

Si le mineur est émancipé par la loi, cette émancipation étant pure et simple, et équipollant à la majorité, quant aux objets sur lesquels elle s'étend, il peut faire des offres de ces objets : ainsi, un mineur marchand le peut pour fait de son commerce, pour lequel il est majeur.

Lorsque l'émancipation est accordée par lettres, le mineur peut faire des offres à sa requête des objets dont son émancipation lui donne la disposition ; il peut donc offrir une somme d'argent, ou autre chose mobiliaire : mais si ces offres occasionnent des contestations en justice, il ne peut les suivre qu'avec l'assistance de son curateur aux causes.

Non-seulement le débiteur, mais tous ceux qui ont intérêt à l'extinction de la dette, peuvent en offrir le paiement ; ainsi le créancier qui craint que d'autres ne consument les biens du débiteur en frais, peut leur offrir leurs dus, pour acquérir leurs droits, et faire pour tous une seule poursuite.

Ceux qui voudront s'étendre davantage sur cet article, peuvent voir le *traité des obligations* de Pothier, n° 459 et suivants, où cet auteur explique en détail *par qui le payement doit être fait.*

2° *A qui doivent être faites les offres.*—Les offres doivent être faités à celui à qui l'objet ou la somme est dû, ou à ceux qui le représentent.

Il faut que ce créancier ou son représentant soit capable d'administrer son bien : tout ce que nous venons de dire sur les mineurs et les femmes mariées, s'applique ici en raison inverse. Ainsi, on ne doit pas offrir, à un mineur en tutelle, mais à son tuteur ; à une femme qui n'a pas l'administration de ses biens, mais à son mari, etc.

A l'égard du mineur émancipé, comme il a la jouissance de son mobilier, les offres d'une somme ou d'un objet mobilier peuvent être faites à lui seul sans l'assistance de son curateur ; mais s'il refuse de les recevoir, et qu'il faille en discuter la validité en justice, le curateur doit être appelé.

Voyez le *traité des obligations* de Pothier, tome 2, nº 465 et suivants, où il explique plus en détail *à qui le paiement doit être fait.*

3° *Que doit-on offrir.*—On doit offrir la chose ou somme qui est due, et on ne peut obliger le créancier à recevoir autre chose en paiement. Nous n'avons point reçu la novelle 4, chap. 3, qui permet au débiteur qui n'a point d'argent ou de quoi en faire promptement, d'obliger son créancier de recevoir en paiement des héritages, pour l'estimation qui en sera faite, si mieux n'aime le créancier lui trouver un acheteur.

Il semble cependant que cette loi Romaine devrait être admise, en y ajoutant la faculté au créancier d'opter dans un certain temps, s'il gardera l'héritage pour lui (auquel cas, il serait tenu des droits d'aliénation dont il lui serait fait raison par son débiteur, et pourrait, aux frais de celui-ci, faire purger les hypothèques ;) et s'il ne voulait pas s'en charger, il pourrait vendre l'immeuble abandonné pour le prix de l'estimation, et recevoir ce prix en déduction de ses créances.

Il paraîtrait peut-être dur à quelques-uns que le créancier fût obligé ou de garder cet immeuble ou de prendre sur lui les embarras de la vente ; cependant, si l'on considère combien sont coûteuses les poursuites de saisies-réelles, si l'on considère que l'immensité des frais, la longueur de ces procédures, le dépérissement qu'elles occasionnent des biens, l'augmentation que les créanciers reçoivent de leurs intérêts pendant ce temps-là, font que très-souvent les créanciers ne sont pas payés ou ne le sont qu'en petite partie : si l'on considère enfin les embarras que cette procédure occasionne au créancier, on verra qu'il lui serait infiniment préférable d'avoir celui de vendre l'immeuble, et qu'on trouverait dans ce

parti un moyen d'empêcher la ruine du débiteur, que la saisie réelle réduit presque toujours à la misère.

La grande charte d'Angleterre porte une disposition assez analogue à cette idée. Elle défend de saisir les terres ou les revenus d'un débiteur, lorsque ses biens mobiliers ou personnels suffisent pour le paiement, et qu'il offre de les donner. Il serait bien à désirer que notre législation adoptât une telle institution : on ne verrait pas, comme on le voit tous les jours, les biens de malheureux débiteurs épuisés en frais de justice, et les créanciers frustrés de leurs dus, après bien des dépenses et des peines inutiles.

Lorsque le jugement porte l'alternative de payer telle chose ou telle autre, il faut examiner qu'elle a été l'intention du juge ; si l'alternative est en faveur du créancier, il doit opter, et le condamné doit lui remettre ce qu'il a choisi.

On ne peut pas contraindre un créancier à recevoir une partie de la dette ; une somme reçue partiellement, se dépense imperceptiblement, et l'on ne peut s'en aider comme d'une somme considérable. Cependant, si pour la commodité du débiteur, la justice a divisé la somme, il peut faire ses offres, aux termes du jugement.

Si l'on est tenu de plusieurs dettes, on peut offrir le paiement de l'une, sans celui de l'autre, quand même ce paiement serait ordonné par un même jugement.

Les intérêts d'une créance en font partie ; ainsi, on ne peut obliger le créancier de les recevoir sans le principal, ni le principal sans eux.

Voyez au surplus Pothier, *traité des obligations*, tome 2, nº 504 et suivants, où il explique en détail comment la chose due peut être payée, en quel état et quand elle doit l'être.

4º *Où les offres doivent être faites.*—Les offres doivent être faites où la chose peut s'exiger ; il ne reste donc plus qu'à dire où elle peut l'être.

On distingue pour cela si la chose due est un corps certain ou indéterminé.

Si c'est un corps certain, le paiement doit se faire où est la

chose ; c'est au créancier à l'y aller chercher : ainsi, si j'ai vendu à Pierre dix arbres plantés devant ma porte, qu'ayant refusé ensuite d'exécuter le marché, il ait obtenu sentence contre moi qui m'y condamne, je ne suis point obligé de lui faire offrir les arbres chez lui, mais seulement de les lui laisser prendre lorsqu'il viendra les faire charger. Cela est conforme à la loi 47, § 1, ff. de leg. 1, *Si quidem certum corpus legatum est...... ibi præstabitur ubi relictum est.*

Cela n'a pas lieu dans le prêt : celui qui emprunte s'oblige de rendre l'objet où il l'a pris ; ainsi, il doit l'y remettre.

Si la chose est indéterminée, Pothier pense que la remise ou paiement doit se faire au domicile du débiteur, parce que l'indétermination de la chose empêchant qu'on ne puisse assigner aucun lieu où elle soit, et les parties ne s'étant pas expliquées sur ce point, la convention doit s'interpréter plutôt en faveur du débiteur qu'en faveur du créancier, *in cujus potestate fuit legem apertiùs dicere.* Mais cette décision n'est point suivie dans notre usage ; en sorte que si un débiteur est condamné à remettre une chose ou payer une somme, et qu'il ne le fasse pas au domicile du créancier, celui-ci peut lui faire faire commandement de le faire, et ce commandement est à la charge du débiteur, ainsi que toutes les poursuites faites contre lui jusqu'au paiement.

Au surplus, voyez sur ce point le *traité des obligations*, tome 1, nº 238, et tome 2, nº 513.

---

5 *Demolombe*, *Des Contrats*, *nos* 63, 64. } 63. Ce n'est pas seulement un devoir, pour le débiteur, de payer ; c'est aussi un droit ! (comp. le tome IV de ce *Traité*, nº 219.)

Il peut, en effet, lui importer beaucoup d'éteindre son obligation : pour arrêter le cours des intérêts ;— dégrever ses immeubles d'une hypothèque ;—recouvrer le meuble, qu'il a donné en gage ;—libérer la caution, qui s'est engagée pour lui ;—éviter d'encourir une clause pénale ou une déchéance ;

—se soustraire aux risques qui sont à sa charge, s'il a été mis en demeure, ou à la chance d'une augmentation des valeurs ou des quantités, qu'il doit livrer.

Le refus du créancier de recevoir, par mauvaise volonté, ou parce que son placement est bon et qu'il veut le garder le plus longtemps possible, ou par tout autre motif ;—son éloignement dans un lieu inconnu peut-être ;—sa prétention de recevoir plus ou autre chose que ce que le débiteur veut lui payer ;—sa résistance à laisser insérer, dans la quittance, les réserves ou les conditions que le débiteur prétend avoir le droit d'y mettre ;

Tels sont, généralement, les obstacles que le débiteur peut rencontrer, lorsqu'il veut exercer le droit qu'il a de payer.

Il fallait évidemment que la loi lui fournît le moyen d'en avoir raison, et de remplacer le *payement volontaire* par le *payement forcé !*

64. Voilà le but *des offres réelles et de la consignation.*

Le législateur nouveau a emprunté ce moyen à l'ancienne pratique.

---

* *Rousseau de Lacombe, v° Consignation.* } 1. Les offres seules ne suffisent pas pour faire cesser les intérêts, mais il faut qu'elles soient suivies de consignation, *l.* 19 *cod de usur. Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco, l.* 28, § 1 *in fin. de adm. et per. tut.*

2. La perte des deniers consignés tombe sur les créanciers et non sur le saisi, Carond., liv. 13, rép. 23, *v.* Louet et Brod. C. 50, elle tombe sur les créanciers qui viennent en ordre utilement, Brod. C. 51, Louet, *eod.*

Idem. v° Offres.— 2. Offres seules de ce qui ne peut pas être consigné, décharge celui qui les fait, du péril de la chose, *gl. in l.* 19, *cod. de usur.*

[ARTICLE 1163.]

* *C. N.* 1257. } Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte.

Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier.

1163. Pour que les offres soient valables, il faut :	1163. It is necessary to the validity of a tender ;
1. Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou a quelqu'un qui ait pouvoir de recevoir pour lui ;	1. That it be made to a creditor legally capable of receiving payment or to some one having authority to receive for him ;
2. Qu'elles soient faites par une personne capable de payer ;	2. That it be made on the part of a person legally capable of paying ;
3. Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à les parfaire ;	3. That it be of the whole sum of money or other thing payable, and of all arrears of rent and interest, and all liquidated costs, with a sum for costs not liquidated, saving the right to make up any deficiency in the same ;
4. Qu'elles soient faites en monnaies courantes et en espèces réglées par la loi, s'il s'agit d'une somme d'argent ;	4. That, if it be of money, it be made in coin declared by law to be current and a legal tender ;
5. Que le terme soit	5. That the term of

échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier ;

6. Que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée ;

7. Que les offres soient faites au lieu où, suivant les termes de l'obligation ou suivant la loi, le paiement doit être fait.

payment have expired if stipulated in favor of the creditor ;

6. That the condition under which the debt has been contracted have been fulfilled ;

7. That the sum of money or other thing tendered be offered at the place where, according to the terms of the obligation or by law, payment should be made.

Voy. *Pothier*, *Oblig.*, cité sur art. 1122, 1143, 1144 et autorités sur art. 1162.

De Bellefeuille, sur art. 1163 *C. C. B. C.* } Le paragraphe 4 de cet article exige que les offres soient faites en monnaies courantes et en espèces réglées par la loi ; mais en vertu des statuts C. 29-30 Vict., c. 10, s. 1, et C. 31 Vict., c. 46, s. 8, le papier-monnaie émis par l'ancienne province du Canada et par la Puissance du Canada, peut servir aux offres réelles. Ce papier-monnaie est constitué *legal tender.*

---

* *C. N.* 1258. } Pour que les offres réelles soient valables, il faut,

1° Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui ;

2° Qu'elles soient faites par une personne capable de payer ;

3° Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire ·

4° Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier ;

5° Que la condition sous laquelle la dette a été contractée, soit arrivée ;

6° Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paiement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention ;

7° Que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.

1164. [Si par les termes de l'obligation ou par la loi, le paiement doit être fait au domicile du débiteur, l'avis par écrit donné par lui au créancier qu'il est prêt à faire le paiement, a le même effet que les offres réelles, pourvu que, sur toute action ensuite instituée, le débiteur prouve qu'il avait, à l'effet du paiement, la somme ou la chose due prête au temps et au lieu où elle était payable.]

1164. [If, by the terms of the obligation or by law, payment is to be made at the domicile of the debtor, a notification in writing by him to the creditor that he is ready to make payment has the same effect as an actual tender, provided that in any action afterwards brought the debtor make proof that he had the money or thing due ready for the payment at the time and place when and where the same was payable.]

[ARTICLE 1165.]

1165. Si le corps certain et déterminé est livrable au lieu où il se trouve, le débiteur doit, par ses offres, requérir le créancier de venir l'y prendre.

Si la chose n'est pas livrable ainsi, et est de sa nature difficile à transporter, le débiteur doit, par ses offres, indiquer le lieu où elle se trouve, et le jour et l'heure auxquels il sera prêt à la livrer au lieu où le paiement doit en être fait.

Si le créancier, dans le premier cas, n'enlève pas la chose, et dans le second cas, ne signifie pas sa volonté de la recevoir, le débiteur peut, s'il le juge à propos, la mettre en sûreté dans tout autre lieu, au risque du créancier.

1165. If a certain specific thing be deliverable on the spot where it is, the debtor must by his tender require the creditor to come aud take it there.

If the thing be not so deliverable and be from its nature difficult of transportation, the debtor must indicate by his tender the place where it is and the day and hour when he is ready to deliver it at the place where payment ought to be made.

If the creditor fail in the former case to take the thing away, or in the latter to signify his willingness to accept, the debtor may, if he think fit, remove the thing to any other place for safe-keeping at the risk of the creditor.

Voy. autorités sur art. 1162.

---

* 4 *Marcadé, sur art.* 1264 *C. N.* } I.—742. Quand il s'agit de choses autres que de l'argent, il n'est plus nécessaire de suivre les règles qui viennent d'être tracées. On ne pouvait pas exiger, en effet, qu'un débiteur enlevât du lieu même peut-être où elles doivent être livrées, cinquante ou soixante pièces de vin, ou cent balles de coton, ou une masse énorme

de bois, etc., pour aller en faire la présentation effective au domicile du créancier. Une simple sommation, faite à ce créancier, de venir prendre les choses dues au lieu où elles doivent être livrées, devait suffire alors pour remplacer les offres réelles et la consignation exigées pour les dettes d'argent.

Notre article applique expressément cette règle au cas d'un corps certain qui se trouve actuellement au lieu où doit se faire la livraison ; et il est bien clair qu'on ne peut pas, pour le cas où le corps certain se trouverait dans un autre lieu, abandonner cette règle pour se rejeter dans celle des articles précédents, puisqu'il ne dépendra jamais que du débiteur d'avoir le soin, avant de faire sa sommation, de transporter le corps certain au lieu où il doit être livré, et de se placer ainsi dans le cas littéralement prévu par notre article. Ainsi, la règle s'applique nécessairement à tous les cas où le corps certain doit être livré ailleurs qu'au domicile même du créancier, sous la seule condition, pour le débiteur, de transporter l'objet au lieu de la livraison, quand il n'y est pas déjà. Si donc notre article, comme le faisait, au surplus, Pothier lui-même (nº 542, alin. dern.), restreint sa disposition au cas d'un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, ce n'est pas par opposition au cas d'un corps certain qui devrait être livré et que le créancier devrait venir prendre dans un lieu autre que celui où se trouve actuellement l'objet (car, encore une fois, il serait trop facile au débiteur de se soustraire à la règle différente qu'on aurait voulu poser pour ce cas, et de faire rentrer ce second cas dans le premier) : c'est par opposition au cas où le débiteur serait obligé d'aller porter lui-même le corps certain chez son créancier. Dans cette dernière hypothèse, en effet, on suit nécessairement une autre marche ; car le débiteur ne peut pas sommer son créancier de venir prendre en tel ou tel lieu l'objet qu'il est dans l'obligation d'aller lui porter lui-même.

Ainsi, deux cas sont ici à distinguer : ou le corps certain doit être pris par le créancier chez le débiteur ou ailleurs ; ou bien il doit lui être livré chez lui par ce débiteur.

II.—743. Dans le premier cas, on applique notre article. Le débiteur fait sommation au créancier de venir enlever l'objet du lieu où il doit être livré ; cette simple sommation produit à elle seule l'effet que produisent dans les dettes d'argent les offres réelles et la consignation, en sorte que le débiteur, sans rien faire davantage, se trouve libéré immédiatement, sous la condition que sa sommation sera ensuite reconnue dûment et régulièrement faite soit par une acceptation du créancier, soit par un jugement. Nous disons qu'avant cette acceptation ou ce jugement, le débiteur n'a rien à faire que sa sommation ; on voit, en effet, par le texte même de l'article, que si le débiteur fait suivre cette sommation d'une consignation (dont il doit alors faire désigner le lieu par la justice), c'est qu'il le voudra bien et qu'il aura besoin de débarrasser le lieu dans lequel la chose est placée. Il va sans dire, au surplus, que, par analogie de ce qui a lieu pour les dettes d'argent, les frais de la sommation et ceux de la consignation, s'il y en a une, seront à la charge du créancier, pourvu qu'il soit établi que cette sommation n'a été faite qu'après refus du créancier d'aller se livrer de l'objet.

744. Dans le cas où le débiteur devait porter la chose au domicile du créancier et que celui-ci, au moment où le débiteur vient la lui livrer, refuse de la recevoir chez lui, le débiteur doit, en se procurant une preuve de ce refus, transporter la chose dans quelque maison de la même localité propre à la recevoir et où l'on veuille s'en charger, et la laisser là en dépôt en faisant sommation au créancier de venir l'y prendre.—Après ce dépôt et cette sommation, le débiteur serait-il tenu de faire désigner par un jugement un lieu de consignation ; et cette consignation par jugement, qui n'est que facultative dans le cas précédent, serait-elle obligatoire dans celui-ci ? Nous ne le pensons pas ; et quoique le débiteur agît plus prudemment en le faisant, nous croyons qu'il n'est pas obligé de le faire. Il est bien vrai que, dans le cas précédent, l'objet, à défaut d'une consignation ordonnée par justice, se trouvait rester en dépôt dans le lieu même où il devait être

livré ; mais s'il n'en est pas de même ici, c'est précisément par la faute du créancier, puisque c'était son domicile qui était le lieu de la livraison et qu'on est venu le lui offrir à ce domicile inutilement ; or, ce créancier ne peut pas se faire une arme de sa propre faute. Nous croyons donc que, dans ce cas comme dans le premier, le débiteur, sous la condition d'une acceptation postérieure du créancier ou d'un jugement qui déclare la régularité de ce qui s'est fait, sera libéré du jour même de la sommation qu'il a faite au créancier de venir prendre la chose dans le lieu où elle a été déposée immédiatement après le refus ; et alors même que ce débiteur, parce que le dépositaire primitif ne voudrait pas continuer de garder la chose ou pour toute autre raison, ferait désigner un nouveau lieu de consignation, soit par un jugement exprès, soit (ce qui sera beaucoup plus simple) par le jugement même qui doit, en cas de continuation de refus, proclamer la régularité des actes et rendre la libération définitive, ce serait toujours du moment de la sommation, et non pas seulement à compter du dernier dépôt, que daterait l'extinction de la dette et la mise aux risques du créancier. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que, dans ce second cas comme dans le premier, tous les frais faits, à commencer par ceux du transport de la chose du domicile du créancier refusant au lieu où on l'a déposée, sont à la charge de ce créancier. Quant à ceux du transport jusqu'au domicile du créancier, il est clair qu'ils restent pour le compte du débiteur, puisque ce transport faisait partie de son obligation, et qu'il les aurait supportés également si le créancier avait accepté.

745. Nous avons déjà fait observer que, d'une part, l'extrême difficulté ou même l'impossibilité de faire voyager, en différents lieux et à de grandes distances, l'objet de l'obligation, existait tout aussi bien pour des choses non déterminées individuellement que pour des corps certains, et que, dès lors, la pensée du législateur n'avait pas pu être de soumettre ce cas aux règles établies pour les dettes d'argent ; et que, d'un autre côté, le choix que le débiteur fait de la chose à

offrir et son dépôt dans le lieu de la livraison (ou son transport au domicile même du créancier, quand c'est là, par exception, que le payement doit se faire), et enfin la sommation d'enlever à faire au créancier, et qui devra contenir la désignation précise et individuelle de la chose, ont pour effet de déterminer la chose qui était indéterminée d'abord, et de rendre ainsi applicables les règles des dettes de corps certains. On suivra donc pour cette troisième et dernière catégorie d'obligations, les règles que nous venons d'exposer sous l'art. 1264.

Une seule observation particulière se trouve à faire ici : c'est pour le cas où, par exception au droit commun, le choix de la chose appartiendrait, non au débiteur, mais au créancier. Non-seulement, alors, il ne pourrait pas être question d'offres réelles, mais on ne pourrait pas non plus faire une sommation d'enlever tel objet, ni faire ordonner directement, si le débiteur avait besoin du local, le dépôt de ce même objet dans un autre lieu ; on ne le pourrait pas, puisque c'est précisément le choix du créancier qui doit déterminer l'objet, et que le créancier refuse de faire ce choix. Dans ce cas, le débiteur, après le premier refus du créancier, lui fera sommation de venir *choisir* et enlever l'objet ; et sur le nouveau refus d'obtempérer à cette réquisition, il obtiendra un jugement ordonnant que, faute par le créancier de venir faire son choix, ce choix sera fait pour lui par telle personne, et la chose ainsi choisie déposée en tel lieu.

---

* 2 *Greenleaf, Evid.*, § 606 *et s.* } § 606. The tender must be *made to the creditor* himself, or to his *agent' clerk*, *attorney*, or *servant*, who has authority to receive the money. A tender to the attorney at law, to whom the demand has been intrusted for collection, or to his clerk or other person having charge of his office and business in his absence, is good, unless the attorney disclaims his authority at the time. And generally, if a tender be made to a person whom the

creditor permits to occupy his place of business, in the apparent character of his clerk or agent, it is a good tender to the creditor. So, if it is sent by the debtor's house servant, who delivers it to a servant in the creditor's house, by whom it is taken in, and an answer returned as from the master, this is admissible evidence to the Jury, in proof of a tender.

§ 607. As to the *time of tender*, it must, in all cases, by the Common Law, be made at the time the money became due; a tender made after the party has broken his contract being too late, and therefore not pleadable in bar of the action; though it stops the interest, and, by leave of Court, the money may be brought in upon the common rule. But where the defendant is not *in morâ*, as, for example, if no day of payment was agreed upon, and the money has not been demanded, or if amends are to be offered for an involuntary trespass, proof of a tender, made at any time before the suit is commenced, is sufficient to support the plea of tender. In the case of damage-feasant, a tender is good, if made at any time before the beasts are impounded, though it be after they were distrained.

§ 608. The plaintiff may avoid the plea of a tender of money, by replying a *subsequent demand and refusal;* the burden of proving which, if traversed, lies upon him. And he must show, that the demand was made of the precise sum mentioned in the replication, a variance herein being fatal. He must also prove, that the demand was made either by himself in person, or by some one, authorized to receive the money and give a discharge for it. A demand made by letter, to which an answer, promising payment was returned, was in one case held sufficient; but this has since been doubted, on the ground, that the demand ought to be so made as to afford the debtor an opportunity of immediate compliance with it. If there be two joint debtors, proof of a demand made upon one of them will support the allegation of a demand upon both.

§ 609. *Specific articles* are to be delivered at some particular

place, and not, like money, to the person of the creditor wherever found. If no place is expressly mentioned in the contract, the place is to be ascertained by the intent of the parties, to be collected from the nature of the case, and its circumstances. If the contract is for the delivery of goods, from the vendor to the vendee on demand, the vendor being the manufacturer of the goods, or a dealer in them, and no place being expressly named, the manufactory or store of the vendor will be understood to be the place intended, and a tender there will be good. And if the specific articles are at another place at the time of sale, the place where they are at that time is generally to be taken as the place of delivery. But where the contract is for the payment of a debt in specific articles which are *portable*, such as cattle, and the like, at a time certain, but without any designation of the place, in the absence of other circumstances from which the intent of the parties can be collected, the creditor's place of abode at the date of the obligation will be understood as the place of payment. And on the same principle of intention, a note given by a farmer, payable in "*farm produce*," without any designation of time or place, is payable at the debtor's farm. Indeed the same rule governs, in the case of a similar obligation to pay or deliver any other portable specific articles on demand; for the obligation being to be performed on demand, this implies that the creditor must go to the debtor to make the demand, before the latter can be in default. But wherever specific articles are tendered, if they are part of a larger quantity, they should be so designated and set apart, as that the creditor may see and know what is offered to be his own.

§ 610. If the goods are *cumbrous*, and the place of delivery is not designated, nor to be inferred from collateral circumstances, the presumed intention is, that they were to be delivered at any place which the creditor might reasonably appoint; and accordingly, it is the duty of the debtor to call upon the creditor, if he is within the State, and request him

to appoint a place for the delivery of the goods. If the creditor refuses, or, which is the same in effect, names an unreasonable place, or avoids, in order to prevent the notice, the right of election is given to the debtor ; whose duty it is to deliver the articles at a reasonable and convenient place, giving previous notice thereof to the creditor if practicable. And if the creditor refuses to accept the goods when properly tendered, or is absent at the time, the property, nevertheless, passes to him, and the debtor is forever absolved from the obligation.

§ 611. By the Roman Law, where the house or shop of the creditor was designated or ascertained as the intended place of payment, and the creditor afterwards and before payment changed his domicil or place of business to another town or place, less convenient to the debtor, the creditor was permitted to require payment at his new domicil or place, making compensation to the debtor for the increased expense and trouble thereby caused to him. But by the law of France, the debtor may in such case require the creditor to nominate another place, equally convenient to the debtor ; and on his neglecting so to do, he may himself appoint one ; according to the rule, that *nemo, alterius facto, prægravari debet.* Whether, in the case of articles not portable, but cumbrous, such removal of domicil may, at Common Law, be considered as a waiver of the place, at the election of the debtor, does not appear to have been expressly decided.

§ 611 *a.* In regard to the *manner of tender of goods*, it is well settled that a tender of goods does not mean an offer of packages containing them ; but an offer of those pakages, under such circumstances that the person, who is to pay for the goods, shall have an opportunity afforded him, before he is called upon to part with his money, of seeing that those, presented for his acceptance, are in reality those for which he has bargained.

—

[ARTICLE 1165.]

* 2 *Kent's Comm.*, p. 506-509. } Lord Coke lays down the rule, that if the contract be to deliver specific articles, as wheat or timber, the obligor is not bound to carry the same abroad, and seek the obligee, (as in the case of payment of money,) but he must call upon the obligee before the day, to know where he would receive the articles, and they must be delivered at the place designated by the obligee. This doctrine was admitted in the case of *Aldrich* v. *Albee*, in which it was declared, that if no place be mentioned in the contract, to deliver specific articles, (and which in that case were hay, bark and shingles,) the creditor had the right to name the place. It is evident, however, that this rule must be received with considerable qualification, and it will depend, in some degree, upon the nature and use of the article to be delivered. The creditor cannot be permitted to appoint an unreasonable place, and one so remote from the debtor, that the expense of the transportation of the articles might exceed the price of them. If the place intended by the parties can be inferred, the creditor has no right to appoint a different place. But if no place of performance be designated, and none can be clearly inferred from collateral circumstances, it seems to have been again admitted, that the creditor may designate a reasonable place for the delivery of the articles. Mr Chipman lays it down also as a rule of the common law, well understood and settled in Vermont, that if a note be given for cattle, grain, or other portable articles, and no place of payment be designated in the note, the creditor's place of residence at the time the note is given, is the place of payment. The same rule is declared in New-York, when the time, but not the place of the payment of the portable article is fixed. If the articles be not portable, but ponderous and bulky, then Lord Coke's rule prevails, and the debtor must seek the creditor, or get him to name a place; and if no place, or an unreasonable one, be named, the debtor may deliver the articles at a place which circumstances shall show to be suitable and convenient for the purpose intended, and pre-

sumptively in the contemplation of the parties when the contract was made. There is a material difference in the reason of the thing, between a tender of cumbersome goods, and those which are portable ; and the same removal from one place to another is not equally required in the two cases, There is another class of cases, in which the position is assumed, that if the parties have not designated any particular place of delivery, it is to be at the debtor's residence, or where the property was at the time of the contract ; as in the case of a note payable in farm produce, without mentioning time or place, the place of demand and delivery is held to be at the debtor's farm. It is likewise adjudged, that where a person, in the character of bailee, promises to deliver specific goods on demand, though the demand may be made wherever he may be at the time, his offer to deliver at the place where the property is, or at his dwelling house, or place of business, will be sufficient.

If the debtor makes a tender of specific articles at the proper time and place, according to contract, and the creditor does not come to receive them, or refuses to accept them, the better opinion is, that the debt is thereby discharged. If the debtor be sued, he may plead the tender and refusal, and he will be excused by the necessity of the case from pleading *uncore prist*, and bringing the cumbersome articles into court ; and it is not like the case of a tender of money, whish the party is bound to keep good, and on a plea of tender to bring the money into court. The creditor is entitled to the money at all events, whatever may be the fate of the plea ; and there is equal reason that he should be entitled to the specific articles tendered. But in *Weld* v. *Hadley*, it was decided, after a very able discussion, that on a tender and refusal of specific articles, the property did not pass to the creditor. This was contrary to the doctrine declared in other cases ; and the weight of argument, if not of authority, and the analogies of the law, would appear to lead to the conclusion, that on a valid tender of specific

articles, the debtor is not only discharged from his contract, but the right of property in the articles tendered passes to the creditor. The debtor may abandon the goods so tendered; but if he elects to retain possession of the goods, it is in the character of bailee to the creditor, and at his risk and expense.

I have thus endeavoured to mark the prominent and most practical distinctions, on the very diffusive subject of the delivery requisite to pass the title to goods, or to take the case out of the operation of the statute of frauds. But even in this general view of the subject, it has been difficult to select those leading principles, which were sufficient to carry us safely through the labyrinth of cases, that overwhelm and oppress this branch of the law.

---

* *Story, On Contracts,* § 1005. } The plea of a tender should be, that the debtor is, and always has been, ready to pay, from the time the money was payable. If, therefore, it be specially pleaded that, either before or after tender, there was a demand by the creditor, and a refusal by the debtor, the tender will be of no avail as a defence.

---

* *C. N.* 1264. } Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelqu'autre lieu.

[ARTICLE 1166.]

1166. Tant que les offres et la consignation n'ont pas été acceptées par le créancier, le débiteur peut les retirer avec la permission du tribunal, en la manière établie au Code de Procédure Civile, et s'il le fait, ni ses codébiteurs ni ses cautions ne sont déchargés.

1166. So long as the tender and deposit have not been accepted by the creditor, the debtor may withdraw them by leave of the court, in the manner provided in the Code of Civil Procedure, and if he do so his codebtors or sureties are not discharged.

Voy. autorités sur art. 1162.

---

10 *Pandectes frs., sur art.* 1261 *C. N.* } 208. Cette disposition décide une question qui s'était élevée entre les jurisconsultes, et sur laquelle M. Pothier ne proposait qu'un avis. Elle consacre l'opinion de cet auteur, et, par conséquent, il faut entendre cet article avec la distinction que fait M. Pothier, et qui est, en effet, adoptée par l'article suivant.

La Cour souveraine de Rouen a proposé d'ajouter à cet article, que les codébiteurs solidaires ou les cautions pourraient former opposition, entre les mains du dépositaire, à ce que le déposant pût retirer le dépôt.

On n'a point adopté cette proposition ; mais cette faculté nous paraît incontestable, car ils ont intérêt à ce que le dépôt ne soit pas retiré. Nous pensons, néanmoins, que les codébiteurs solidaires ne peuvent former cette opposition qu'en offrant de rembourser à celui qui a consigné, les parts et portions pour lesquelles chacun d'eux doit contribuer dans la edtte.

[ARTICLE 1167.]

* *C. N.* 1261. } Tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer ; et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés.

1167. Lorsque les offres et la consignation ont été déclarées valables par le tribunal, le débiteur ne peut plus les retirer, pas même du consentement du créancier, au préjudice de ses codébiteurs, de ses cautions, ou des tiers.

1167. When the tender and deposit have been declared valid by the court, the debtor cannot, even with the consent of the creditor, withdraw them to the prejudice of his co-debtors or sureties or other third persons.

Voy. autorités sur art. 1162.

---

10 *Pandectes frs.*, *sur arts.* 1262-3 *C. N.* } 209. *Quid.* Si le créancier, en donnant son consentement, a fait réserve de ses privilèges et hypothèques ?

Il faut répondre que ces réserves auront leur effet vis-à-vis du débiteur en vertu de la convention ; mais qu'elles n'en obtiendront aucun vis-à-vis des tiers, comme les autres créanciers qui étaient primés par celui qui a consenti.

La consignation déclarée valable équipolant au paiement, ces privilèges et hypothèques ont été éteints ; le créancier ne peut plus les faire revivre au préjudice de ceux qui ont intérêt à leur extinction.

---

* *C. N.* 1262, " 1263. } 1262. Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions.

1263. Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, ne peut plus pour le paiement de sa créance exercer les privilèges et hypothèques qui y étaient attachés ; il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter l'hypothèque.

1168. La manière de faire les offres et la consignation est réglée par le Code de Procédure Civile.

1168. The mode in which tenders and deposits must be made is provided in the Code of Civil Procedure.

SECTION III.

DE LA NOVATION.

1169. La novation s'opère :

1. Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;

2. Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;

3. Lorsque, par l'effet d'un nouveau contrat, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

SECTION III.

OF NOVATION.

1169. Novation is effected :

1. When the debtor contracts toward his creditor a new debt which is substituted for the ancient one, and the latter is extinguished ;

2. When a new debtor is substituted for a former one who is discharged by the creditor ;

3. When by the effect of a new contract, a new creditor is substituted for a former one toward whom the debtor is discharged.

* *Cod. De novat. et deleg.*, } *L.* 1. Delegatio debiti, nisi con-
Liv. 8, *Tit.* 42, *LL.* 1, 2, 3. } sentiente et stipulanti promittente debitore, jure perfici non potest. Nominis autem venditio, et ignorante vel invito eo adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.

Proposit. 5 id. februarii, Maximo II et Æliano Coss. 224. (IMP. ALEXANDER).

L. 2. Ex contractu pecuniæ creditæ actio inefficax dirigitur, si delegatione personæ rite facta, jure novationis vetustior contractus evanuit.

Proposit. calend. septemb. Pio et Pontiano Coss. 239. (IMP. GORDIANUS).

L. 3. Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt : quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones : tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum exhibere. Quod si delegatione facta, jure novationis tu liberatus es : frustrà vereris, ne eo quod quasi à cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet : cùm per verborum obligationem voluntate novationis interposita, à debito liberatus sis.

Proposit. 5 idus junii, Gordiano A. et Aviola Coss. 240. (IMP. GORDIANUS).

Ibidem. } *L.* 1. La délégation d'une dette ne
Trad. de M. P. A. Tissot. } peut se faire légitimement qu'avec le consentement et la promesse par stipulation du débiteur; mais la vente d'une dette peut se faire à l'insu et même malgré celui contre qui les actions sont mandées.

Fait le 5 des ides de février, sous le deuxième cons. de Maxime et le premier d'Elien. 224. (EMP. ALEXANDRE).

L. 2. L'action résultante d'un contrat de prêt au sujet duquel il a été légitimement fait une délégation, est inutile et inefficace, parce que cette novation postérieure a annullé le contrat antérieur qui lui a servi de base.

Fait pendant les calend. de septemb., sous le cons. de Pius et de Pontien. 239. (EMP. GORDIEN).

L. 3. Si vous avez seulement mandé à votre créancier vos actions contre votre débiteur, pour qu'il fît le recouvrement de la dette, et ne les lui avez pas cédées par délégation, vos actions sont restées en votre pouvoir, et par conséquent vous n'êtes point empêché de les exercer, d'exiger de votre débiteur ce qu'il vous doit, et d'interdire à votre créancier de les exercer, lui retirant votre mandat ; pourvu néanmoins que vous manifestiez vos intentions avant que votre créancier, d'après votre mandat, n'ait amené la contestation en cause, ou n'ait reçu quelque chose de la dette, ou n'ait sommé votre débiteur de faire le paiement en ses mains. Mais s'il a été fait une délégation légitime, vous êtes libéré par la novation ; c'est pourquoi vous n'êtes point fondé à craindre que votre créancier, ne voulant exiger la dette de votre débiteur à cause qu'il est son client, il ne recourre de nouveau à vous ; car la novation affermie par la stipulation, vous libère de la dette.

Fait le 5 des ides de juin, sous le cons. de l'empereur Gordien et d'Aviola. 240. (EMP. GORDIEN).

---

* *ff. De novationibus et deleg.*, *Liv.* 46, *Tit.* 2, *LL.* 1, 2, 11. } *L.* 1. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio : hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim à novo nomen accepit, et à nova obligatione.

§ 1. Illud non interest, qualis processit obligatio : utrum naturalis, an civilis, an honoraria : et utrum verbis, an re, an consensu. Qualiscunque igitur obligatio sit quæ præcessit, novari verbis potest : dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter : utputà si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. (ULPIANUS).

L. 2. Omnes res transire in novationem possunt : quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari

potest, et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione : dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio. Cæterùm si non hoc agatur, duæ erunt obligationes. (ULPIANUS).

L. 11. Delegare, est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit. (ULPIANUS).

Ibidem. / *Trad. de M. Berthelot.* } *L.* 1. La novation est la transfusion et la translation d'une première dette en une autre obligation ou civile ou naturelle, c'est-à-dire lorsque d'une cause précédente on en établit une nouvelle, tellement que la première soit anéantie. Car novation se dérive de nouveau et de nouvelle obligation.

§ 1. Peu importe de quelle qualité est l'obligation qui précède, naturelle ou civile, ou honoraire ; verbale, réelle ou consensuelle. Quelle que soit donc l'obligation qui a précédé, elle peut s'innover par des paroles ; pourvu seulement que l'obligation suivante tienne civilement ou naturellement ; par exemple si un pupille promet sans l'autorisation de son tuteur. (ULPIEN).

L. 2. Toutes choses peuvent subir la novation : car tout ce qui a été contracté, soit par les paroles, soit sans paroles, peut être innové et passer d'une obligation quelconque dans l'obligation des paroles ; pourvu que nous retenions que la novation ne se fait que si on introduit du nouveau à l'effet d'innover l'obligation. Au reste si cela n'a pas été fait il y aura deux obligatians. (ULPIEN).

L. 11. Déléguer, c'est donner en sa place un autre débiteur à son créancier ou à qui il ordonnera. (ULPIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *nos* 581 à 584 *et nos* 596 *à* 600. } 581. La *novation* est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne.

L'ancienne est éteinte par la nouvelle qui est contractée en sa place : c'est pourquoi la novation est comptée parmi les manières dont s'éteignent les obligations.

[ARTICLE 1169.]

582. La novation peut se faire de trois différentes manières, qui forment trois différentes espèces de novations.

La première est celle qui se fait sans l'intervention d'aucune nouvelle personne, lorsqu'un débiteur contracte un nouvel engagement envers son créancier, à la charge qu'il sera quitte d'un précédent.

Cette espèce de novation s'appelle simplement *novation.*

583. La seconde espèce de novation est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau débiteur, lorsque quelqu'un se rend à ma place débiteur envers mon créancier, qui l'accepte pour son débiteur, et me décharge en conséquence.

Celui qui se rend ainsi débiteur pour un autre qui est en conséquence déchargé, s'appelle en droit *expromissor ;* et cette espèce de novation s'appelle *expromissio.*

Cet *expromissor* est très différent de la caution qu'on appelle en droit *ad promissor* : car celui qui se rend caution pour quelqu'un, ne le décharge pas de son obligation ; mais il y accède, et se rend débiteur conjointement avec lui.

584. La troisième espèce de *novation* est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau créancier, lorsqu'un débiteur, pour demeurer quitte envers son ancien créancier, de l'ordre de cet ancien créancier, contracte quelque engagement envers un nouveau créancier.

Il y a une espèce particulière de novation qu'on appelle *délégation*, qui assez souvent renferme une double novation.

Nous en traiterons à l'article 6.

Nous ne dirons rien de celle qui résultait *ex litiscontestatione*, les principes du droit romain à cet égard n'étant plus d'usage parmi nous.

596. Lorsqu'il se fait une nouvelle convention entre le même créancier et le même débiteur, sans l'intervention d'aucune nouvelle personne, quoiqu'il soit expressément déclaré par l'acte qui contient le nouvel engagement " que les parties entendent faire novation ", il faut, pour que la novation soit valable, que cet acte contienne quelque chose de différent de la première obligation qui a été contractée ; soit dans la qua-

lité de l'obligation, comme si la première était déterminée, et la seconde alternative, *aut vice versâ ;* soit sur les accidents accessoires de l'obligation, comme sur le temps ou sur le lieu du paiement. C'est aussi une différence suffisante, si la première obligation avait été contractée sous la caution d'une autre personne, ou sous l'hypothèque de mes biens, et que par la nouvelle je m'engage sans caution et sans hypothèque, *aut vice versâ.*

Si le nouvel engagement, fait sans l'intervention d'une nouvelle personne, ne contient rien de différent du premier, il est évident que ce nouvel engagement est inutilement contracté ; Instit. *tit quib. mod. toll. obl.*, § 4.

597. Lorsque la novation se fait avec l'intervention d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier, la différence de créancier ou de débiteur est une différence suffisante pour rendre la novation utile, sans qu'il soit nécessaire qu'il en intervienne d'autre.

598. La novation qui se fait par l'intervention d'un nouveau débiteur, peut se faire entre le créancier et ce nouveau débiteur, sans que le premier, dont la dette doit s'éteindre par la novation, y ait aucune part, et sans qu'il y consente : *Liberat me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim ;* L. 8, § 5, ff. *de Novat.* La raison est que la novation, à l'égard du premier débiteur, ne renferme autre chose que l'acquittement de sa dette, par la nouvelle que le tiers contracte en sa place : or on peut acquitter la dette d'un autre sans qu'il y consente, comme nous l'avons vu au chapitre précédent : *Ignorantis enim et inviti conditio melior fieri potest ;* L. 53, *de Solut.*

599. L'effet de la novation est que la première dette est éteinte de la même manière qu'elle le serait par un paiement réel.

Lorsque l'un de plusieurs débiteurs solidaires contracte seul un nouvel engagement avec le créancier pour faire novation du premier, la première dette étant éteinte par la novation, comme elle le serait par un paiement réel, tous ses codébiteurs sont libérés aussi bien que lui.

[ARTICLE 1169.]

Pareillement, comme l'extinction de l'obligation principale entraîne celle de toutes les obligations accessoires, la novation qui se fait de la dette principale éteint toutes les obligations accessoires, telles que celles des cautions.

Si le créancier voulait conserver l'obligation des autres débiteurs et des cautions, il faudrait qu'il mît pour condition à la novation " que les codébiteurs et les cautions accéderaient à la nouvelle dette" ; auquel cas, faute par eux d'y vouloir accéder, il n'y aurait pas de novation, et le créancier conserverait son ancienne créance.

Du principe " que la novation éteint l'ancienne dette, il suit aussi qu'elle en éteint les hypothèques qui en étaient accessoires : *Novatione legitimè factâ liberantur hypothecæ ;* L. 18, ff. *de Novat.*

Mais le créancier peut, par l'acte même qui contient la novation, transférer à la seconde dette les hypothèques qui étaient attachées à la première ; L. 12, § 5, ff. *Qui potior.*

Par exemple, si par acte de 1760 vous m'avez emprunté une somme de mille livres sous l'hypothèque de vos biens, et que par un autre acte passé entre nous en 1770, vous ayez contracté envers moi une nouvelle obligation, et qu'il soit porté par l'acte, qu'au moyen de cette nouvelle obligation, vous demeurerez quitte de celle de 1760, *dont les parties ont entendu faire novation sous la réserve des hypothèques*, je serai, par cette clause, conservé dans mon ordre d'hypothèque pour ma nouvelle créance, du jour de la date de l'ancienne ; L. 3, L. 21, ff. *dicto titulo.*

Observez que, si la nouvelle créance était plus forte que la première, je ne serais conservé dans mon rang d'hypothèque que jusqu'à concurrence de la somme qui m'était due par l'acte de 1760, cette translation des hypothèques, de l'ancienne créance à la nouvelle, ne devant pas être préjudiciable aux créanciers intermédiaires.

Observez aussi que cette translation des hypothèques, de l'ancienne créance à la nouvelle, ne peut se faire qu'avec le consentement de la personne à qui les choses hypothéquées

appartiennent. Dans l'espèce ci-dessus rapportée, il est clair que vous avez consenti à cette transaction d'hypothèque, puisque vous êtes partie à l'acte où la réserve de ces hypothèques est stipulée ; mais si un tiers, par acte de 1770, s'est obligé envers moi à me payer la somme que vous me deviez par l'acte de 1760, et qu'il soit dit " qu'au moyen des présentes, la dette de 1760 demeure acquittée, *sous la réserve des hypothèques* " ; quoique la novation puisse se faire sans que vous interveniez à l'acte, la translation de l'hypothèque de vos biens attachée à votre dette de 1760, ne peut se faire à la nouvelle dette de 1770, si vous n'intervenez à l'acte pour la consentir ; le nouveau débiteur à qui les choses hypothéquées n'appartiennent pas, ne pouvant pas, sans vous à qui elles appartiennent, les hypothéquer à la nouvelle dette (1). C'est

(1) Mais il ne s'agit pas précisément de les hypothéquer à la nouvelle dette : ces biens étaient déjà hypothéqués ; le créancier, én faisant remise au débiteur primitif de l'action personnelle seulement, peut-il retenir et conserver les hypothèques pour sûreté de la nouvelle dette ? Telle est la question : en répondant affirmativement, il en résulterait toujours pour le débiteur cet avantage d'être libéré de l'obligation personnelle, et de n'être dorénavant tenu que comme tiers détenteur : rien n'empêche d'avoir des immeubles hypothéqués à la dette d'autrui.

La loi 30, ff. *de Novat.*, que Pothier cite à l'appui de son opinion, ne nous paraît point applicable à l'espèce :

En effet, cette loi suppose que la première obligation avait été, par la novation, entièrement éteinte *in universum*, et elle décide que le second débiteur ne peut de nouveau, *rursum*, hypothéquer les mêmes choses sans le consentement de l'ancien débiteur propriétaire de ces choses.

Dans l'espèce proposée par le jurisconsulte romain, la novation avait été complète et sans aucune réserve : *ita ut à primâ obligatione in universum discederetur*, les hypothèques étaient donc éteintes. Paul décide avec grande raison que le second debiteur ne peut de nouveau soumettre ces choses à l'hypothèque sans le consentement du premier débiteur. Mais, nous dira-t-on, quelle pouvait être la raison de douter ? Nous pourrions répondre : de ce qu'une solution est évidemment conforme à la vérité, ce n'est pas une raison pour chercher un autre sens que celui qu'elle présente naturellement. Mais cette raison de douter se tirait, peut-être, de ce que le débiteur primitif semblait ne pas pouvoir légitimement se plaindre de cette nouvelle hypothèque, sur les mêmes biens que l'ancienne et

ce que décide Paul, en la loi 30, ff. *de Novat. Paulus respondit, si creditor à Sempronio, animo novandi stipulatus esset, ita ut à primâ obligatione in universum discederetur, rursùm easdem res à posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris, obligari non posse.*

Suivant les mêmes principes, si l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires contracte envers le créancier une nouvelle obligation, et qu'il soit porté par l'acte "que les parties ont entendu faire novation de la première dette, *sous la réserve des hypothèques*," cette réserve ne peut avoir d'effet que pour l'hypothèque des biens de ce débiteur qui contracte la nouvelle dette, et non pour les hypothèques des biens de ses codébiteurs ; leurs biens ne pouvant pas être hypothéqués à cette nouvelle dette sans leur consentement.

Quelque réserve que fasse le créancier par l'acte qui contient la novation, les cautions de l'ancienne dette ne peuvent être obligées à la nouvelle, si elles n'y consentent.

---

pour la même somme, que ce débiteur primitif devait probablement à l'*expromisseur*, et celui-ci aurait un intérêt visible à la ressusciter, si cela était possible, afin de se faire céder par le créancier son dû paiement.

Quoi qu'il en soit, cette loi est étrangère à la question, elle fournirait plutôt un argument *à contrario* pour l'affirmative.

Le Code, dans l'art. 1279, se borne à dire " que les hypothèques primitives ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur ", ce qui est évident ; mais il ne dit pas qu'elles ne peuvent être conservées sur les biens de l'ancien débiteur, lorsque le créancier en a fait la réserve expresse lors de la novation.

Cependant l'article suivant (art. 1280) fournit un puissant argument pour soutenir que cette réserve ne peut être efficace qu'avec le consentement de l'ancien débiteur, ce qui reproduirait complétement la doctrine de Pothier : et nous croyons que telle était l'intention des rédacteurs du Code. On peut dire, pour les justifier, ainsi que Pothier : que, si l'on peut hypothéquer ses immeubles pour la dette d'un autre, il est raisonnable d'exiger que le propriétaire connaisse cette situation et y ait consenti, afin de surveiller la conservation de ses droits dans ses nouveaux rapports avec le débiteur actuel. (BUGNET).

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des novations*, *Liv.* 4, *Tit.* 3. } Il a été remarqué dans le préambule de ce livre, qu'on peut anéantir ou diminuer les engagements, en substituant un second engagement au lieu d'un premier ; de sorte qu'il n'y ait que le second qui subsiste et que le premier soit anéanti, ce qui peut arriver en deux manières. L'une sans aucun changement de personnes, en changeant seulement la nature de l'obligation, et l'autre par un changement de débiteur, soit que la première obligation subsiste ; le second débiteur s'en chargeant au lieu du premier qui en demeure quitte, ou que ce nouveau débiteur en fasse une nouvelle. Ainsi, pour un exemple de la première de ces deux manières, si un héritier chargé d'un legs convient avec le légataire de lui faire une obligation causée de prêt pour la même somme qui lui a été léguée, sans que dans cette obligation il soit fait aucune mention du legs, et que ce légataire en donne sa quittance à cet héritier, il n'y aura aucun changement de personnes ; mais on aura seulement changé la nature de l'engagement, substituant une obligation de prêt au lieu d'un legs dû par un testament. Et c'est cette première manière qu'on appelle novation qui fera la matière de ce titre. Ainsi, pour un exemple de la seconde manière par le changement de la personne du débiteur, si celui qui doit une obligation causée de prêt substitue en sa place un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, de sorte que ce premier débiteur demeure déchargé, le premier engagement sera anéanti à l'égard du premier débiteur qui ne devra plus l'obligation, et celui qui est délégué deviendra le débiteur en la place de l'autre. Et c'est cette seconde manière qu'on appelle délégation, soit que le nouveau débiteur se charge d'acquitter cette première obligation, qu'on laisse subsister, ou qu'on la supprime, et qu'il s'oblige à quelque autre titre ; mais toujours de sorte que l'engagement du premier débiteur soit anéanti par celui du nouveau débiteur qui succède en sa place ; ce qui fera la matière du titre suivant.

1. La novation est le changement que font le créancier et

le débiteur, qui, au lieu d'une dette, en substituent une autre, de sorte que la première ne subsiste plus, et que le débiteur ne reste obligé que par la seconde. Ainsi, par exemple, si après un contrat de vente dont le prix n'était pas encore payé, le vendeur prend une obligation de l'acheteur causée de prêt pour la même somme qu'il devait du prix de la vente, de sorte que le contrat de vente demeurera acquitté, et sans que dans la nouvelle obligation il en soit fait aucune réserve, le vendeur aura innové sa dette. (C. civ. 1271, s.)

2. Il n'y a jamais de novation par le simple effet d'une seconde obligation, s'il ne paraît que le créancier et le débiteur ont eu l'intention d'éteindre la première. Car autrement les deux subsisteraient. (C. civ. 1273.)

Le propriétaire qui a reçu de son fermier des billets à ordre pour le paiement de ses fermages, et lui en a donné quittance, ne peut point, dans le cas où le fermier et celui qui devait payer les billets à ordre sont tous deux insolvables, exercer de recours contre la caution du fermier, et les tribunaux ont pu, sans contrevenir à la loi, décider que par cela seul il y avait eu novation, et que la caution du fermier était déchargée. Le créancier qui accorde un délai de paiement au tiers qui lui est délégué par le débiteur, n'opère point novation.

3. Si le créancier et le débiteur font entre eux quelques changements à une première obligation ; soit en y ajoutant une hypothèque, une caution ou autre sûreté, ou en les ôtant ; soit en augmentant ou diminuant la dette, ou en donnant un terme plus long ou plus court, ou la rendant conditionnelle si elle était pure et simple, ou pure et simple si elle était conditionnelle ; tous ces changements et les autres semblables, ne font pas des novations, parce qu'ils n'éteignent pas la première dette, à moins qu'il fût dit expressément qu'elle demeurerait nulle. Ainsi, elle subsiste, encore qu'il ne soit pas dit qu'elle est réservée, ou que ces changements se font sans innovation. (C. civ. 1275.)

Un créancier au profit duquel une délégation a été faite dans un acte où il n'a point été partie, ne peut prendre inscription sur les biens du débiteur délégué, en vertu de cet acte, s'il n'a préalablement accepté formellement et authentiquement la délégation. Si ce créancier, en vertu de

sa délégation, a pris une inscription hypothécaire sur les biens des débiteurs délégués, cette inscription n'est pas réputée acceptation de la délégation. Avant comme après la publication du code civil, une simple délégation acceptée par le créancier, était insuffisante pour opérer la novation et la décharge du débiteur, parce qu'il a fallu de tout temps, pour opérer une novation, que la volonté de décharger le débiteur primitif fût si évidente, qu'elle ne pût être révoquée en doute. Un créancier n'a point perdu son action contre son débiteur, et il n'y a pas novation par cela seul qu'un tiers s'est chargé, par un acte fait avec le débiteur seul, d'acquitter la dette, bien que le créancier ait eu connaissance de cet acte sans y adhérer.

Une délégation n'est pas faite, et il n'y a véritable libération du débiteur originaire, que quand le nouveau débiteur a accepté lui-même la délégation. Mais quand la délégation est acceptée, elle opère la novation.

4. On peut innover plusieurs dettes par une seule qui les comprenne et les éteigne toutes. Ainsi, celui à qui il est dû pour diverses causes, peut réduire à une somme tout ce qui lui est dû, et en prendre une seule obligation causée de prêt, qui comprenne toutes les autres, et qui les annulle.

5. Comme l'effet de la novation est d'anéantir l'obligation précédente, les hypothèques, les cautions et les autres accessoires de cette première obligation ne subsistent plus ; et les intérêts, si elle en produisait, cessent de courir. (C. civ. 1281.)

Voy. autorités sur art. 1173.

---

* 3 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 566, *p.* 444 *à* 448. } § 566. *Différentes espèces de novation ; comment elle s'opère ; ses effets.*—La novation est la transformation d'une obligation en une autre.

La novation est ou *forcée* ou *volontaire*, selon qu'elle a lieu en vertu de la loi ou par suite d'une convention formée entre les parties. La novation a lieu en vertu de la loi, soit qu'elle résulte d'un jugement définitif, soit qu'elle résulte d'un ser-

ment déféré ou référé et prêté en justice (1). Il ne sera question ici que de la novation volontaire.

La novation est ou parfaite, ou imparfaite, selon qu'elle se rapporte au fond même de l'obligation, ou seulement à la détermination des circonstances accessoires, par exemple au temps et au lieu du payement. Le Code, dans les articles 1271 à 1281, ne s'occupe que de la novation parfaite. La novation imparfaite doit être appréciée par analogie d'après les règles de la novation parfaite, à moins qu'elle ne modifie l'obligation antérieure (2).

La novation parfaite est objective ou subjective.

La novation objective a lieu par la substitution entre les mêmes parties d'une nouvelle obligation à l'ancienne.

La novation subjective a lieu par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien ou d'un nouveau créancier à l'ancien, de sorte que dans le premier cas l'ancien débiteur est libéré de l'obligation, et que dans le second l'ancien créancier renonce à son droit (3). La novation objective peut d'ailleurs être compliquée d'une novation subjective (4), art. 1271.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Novation*, § 2. [La partie qui obtient un jugement de condamnation trouve dans ce jugement un titre nouveau qui est substitué à l'ancien, et en vertu duquel seul elle peut agir contre son débiteur. V. Cujas, sur la loi 3 *Ad senatusconsul. Velleian.*] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Merlin, *loc, cit.*, §§ 2 et 6 ; Favard, v° *Novation*, § 2, [La novation imparfaite n'a pas les mêmes effets que la novation parfaite ; c'est ainsi qu'aux termes de l'art. 2039 la simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution. tandis que la novation parfaite opérée à l'égard du débiteur principal libère la caution, art. 1281.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) [Il y a donc trois sortes de novation volontaire ou conventionnelle, qui se distinguent d'après l'élément nouveau dont l'intervention vient modifier les rapports des parties : nouvelle créance, nouveau débiteur, nouveau créancier.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(4) [C'est ce qui arrive quand il y a un changement dans la créance en même temps que dans la personne du débiteur ou du créancier.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1169.]

La novation est, en général, régie par les principes suivants :

1o Toute novation présuppose nécessairement une obligation antérieure, autrement la novation serait nulle comme sans objet, *obligatio sine causâ* (1).

(1) Pothier, n. 550 à 553. [Il suit de là que si la première obligation est éteinte au moment où la seconde est contractée on ne peut dire qu'il y ait novation, et la seconde obligation n'est valable que si elle peut se soutenir par une cause qui lui soit propre,sans avoir besoin de puiser sa raison d'être dans l'obligation antérieure. Par la même raison, une obligation qui serait radicalement nulle, soit pour défaut de cause, soit parce qu'elle serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, soit parce qu'elle aurait pour objet une chose hors du commerce, ne pourrait servir de prétexte à une novation ; la seconde obligation serait nulle comme la première, à l'existence et à la validité de laquelle elle serait nécessairement subordonnée. Mais si la première obligation était seulement annulable ou rescindable, elle pourrait être validée par une novation, parce que la seconde obligation devrait être considérée soit comme une ratification de la première, soit comme une renonciation aux nullités dont elle serait affectée, Duranton, 12, n. 294 ; Massé, 5, n. 281.—La novation est d'ailleurs valable, quoique la première dette et celle qui lui est substituée ne soient pas de même nature ; ainsi, par le moyen de la novation, une obligation naturelle peut devenir une obligation civile, et une obligation civile peut devenir une obligation naturelle. Par exemple, le concordat par lequel une remise partielle est faite à un failli opère novation quant à la partie remise qui devient dette naturelle : et si plus tard le failli s'oblige de nouveau à payer à ses créanciers la partie de leurs créances dont ils lui avaient fait remise, cette nouvelle obligation est incontestablement valable ; elle trouve sa cause et son fondement dans la dette naturelle qui subsistait toujours pour cette partie, et à laquelle l'obligàtion nouvelle fait novation en la transformant en une dette civile, Pothier, n. 554 ; 12, Duranton n. 393 ; Massé, *loc. cit.*-Enfin, de ce que l'effet de la novation et de la seconde obligation est subordonné à l'existence ou à la validité de la première, il suit encore que si la première obligation est conditionnelle, la seconde le sera également ; en d'autres termes, il n'y aura novation que si la condition se réalise, puisque c'est de l'événement de la condition que dépend la première obligation, de laquelle, à son tour, dépend la seconde. Mais rien ne s'opposerait à ce que, par une convention particulière, les parties, en faisant novation,

2° La novation est un contrat ; elle n'est donc valable qu'autant qu'elle satisfait aux conditions requises pour la validité des contrats, art. 1272 (1).

3° La novation a pour but d'éteindre une obligation antérieure. Elle implique donc en même temps une renonciation et, par conséquent, comme toute renonciation, elle ne se présume jamais (2), art. 1273.

rendissent la seconde obligation pure et simple, bien que la première fût conditionnelle, Duranton, 12, n. 296 ; Marcadé, sur l'article 1272 ; Massé, *loc. cit.*] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) L. 1, § 1, Dig., *De novatione ;* Toullier, 7, n. 298 et s. [Il faut donc pour pouvoir consentir une novation être capable de contracter et de renoncer ; en d'autres termes, puisque la novation est la substitution d'une dette à une autre, il faut, pour la rendre valable, que le créancier ait la capacité de remettre l'obligation que la novation doit détruire, et que le débiteur, de son côté, soit habile à contracter la nouvelle obligation qu'on y substitue ; ou du moins que le créancier et le débiteur aient un caractère qui les autorise à faire les changements par lesquels la nouvelle obligation diffère de la première, Merlin, *Rép.*, v° *Novation,* § 4 ; Massé, 5, n. 282. V. sur ce point, Duranton, 12, n. 280 et s., et Marcadé, sur l'art. 1272.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Cependant il n'est pas nécessaire que l'intention de faire novation soit exprimée par les parties en termes formels, Toullier, 7, n. 296 ; Grenier, *Hyp.*, 2, n. 498 ; Duranton, 12, n. 283 et s.; [Marcadé, sur l'art. 1273, et Massé, 5, n. 283.—L'art. 1273 porte que la novation ne se présume pas, et qu'il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. Il suit de là que l'intention de faire novation n'a pas besoin d'être exprimée en termes formels ; il suit même de là qu'elle n'a pas besoin d'être exprimée du tout, et qu'il suffit qu'elle résulte de l'acte, c'est-à-dire que le rapprochement de la première obligation avec la seconde mette en lumière l'existence des caractères de la novation. La question de savoir si l'intention de faire une novation est exprimée ou suffisamment exprimée est une question de fait ou d'interprétation abandonnée aux lumières du juge dont la décision échappe sous ce rapport à la censure de la Cour de cassation, Cass., 31 mai et 18 avril 1854, S. V., 54, 1, 44 ; et 25 avril 1855, S. V., 55, 1, 712 tandis que la question de savoir si les caractères constitutifs de la novation se rencontrent dans un acte est une question de droit dont l'examen appartient à la Cour de cassation, Cass., 31 mai et

Les différentes espèces de novation sont d'ailleurs soumises à des règles particulières ;

1° La novation objective, c'est-à-dire celle qui substitue une créance à une autre, révoque purement et simplement l'obligation antérieure. Il suit de là que les droits de privilége et d'hypothèque, qui étaient attachés à l'ancienne créance, ne se transmettent pas de plein droit à la créance nouvelle. Il faut, pour cela, que le créancier se soit expressément réservé ces droits lors de la novation (1), art. 1278 et 1280. Il suit également de là, qu'une obligation solidaire est éteinte vis-à-vis de tous les codébiteurs si le créancier consent à une novation de l'obligation avec un des débiteurs solidaires. V. art. 1281.

2° La novation subjective, qui a lieu par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, peut avoir lieu sans l'intervention (2) comme avec l'intervention du nouveau débi-

18 avril 1855, *loc. cit.* V. au surplus les arrêts en sens divers indiqués dans la *Table gén.* de Devilleneuve et Gilbert, v° *Novation.* n. 4 et s.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Ce principe emprunté au droit romain, L. 18, Dig., *De novatione*, doit être appliqué sous les modifications qui dérivent du régime hypothécaire. Ainsi, par exemple, une inscription spéciale prise pour sûreté de la première créance n'assure la nouvelle créance que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle elle est prise, bien que la seconde créance soit supérieure à la première, Cass., 15 mars 1815 ; Toullier, 7, n. 313 ; Favard, *Rép.*, v° *Novation*, § 7. (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) *Expromissio.* Elle a lieu même contre la volonté de l'ancien débiteur, Duranton, 12, n. 306 ; L. 6, § 5, Dig., *De novatione.* [On donne le nom d'*expromission* à la novation qui s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien sans l'intervention de celui-ci ; Elle a lieu lorsqu'un tiers intervenant pour un débiteur déclare se porter fort à sa place et est accepté comme tel par le créancier qui consent à décharger l'ancien débiteur. C'est cette décharge qui caractérise l'expromission et conséquemment la novation : si le débiteur n'était pas déchargé, l'intervention du tiers constituerait un cautionnement et non une expromission, Pothier, n. 558 ; Massé, 5, n. 304.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

teur (1). Cette novation ne se présume pas plus que la novation qui a lieu par la substitution d'une créance à une autre (2). Si donc le débiteur se substitue un autre débiteur qui s'oblige au payement envers le créancier, le premier débiteur ne cesse pas pour cela d'être tenu envers le créancier, à moins que celui-ci ne l'ait expressément libéré de l'obligation. Mais lorsque cette libération intervient, l'obligation du débiteur primitif doit être considérée comme éteinte, de sorte que si le nouveau débiteur devient insolvable, le créancier n'a aucun recours contre l'ancien, à moins d'une réserve expresse, ou à moins que le nouveau débiteur ne se trouvât en déconfiture dès l'époque à laquelle a eu lieu la novation (3), art. 1257 à 1277. L'obligation contractée par le

(1) Ce second cas rentre dans l'idée générale de la délégation : *Delegare est vice suâ alium reum dare creditori*, L. 11, Dig. *De novatione*. La délégation, abstraction faite de toutes les circonstances avec lesquelles elle peut se combiner, est un mandat *de solvendo*. V. *sup.*, § 558.—Dans l'un comme dans l'autre cas le consentement du créancier est nécessaire. [A la différence de l'expromission qui n'exige que le concours du créancier et de celui qui se met à la place du débiteur, la délégation exige nécessairement le concours du débiteur qui indique ou délègue le tiers qui doit payer à sa place ; mais cette indication qui, lorsqu'elle est accompagnée de l'engagement du nouveau débiteur, suffit pour qu'il y ait délégation, ne suffit pas pour qu'il y ait novation : il faut de plus que la délégation ait été acceptée par le créancier, et qu'il ait expressément déclaré qu'il entend décharger son débiteur qui a fait la délégation : c'est cette acceptation et cette décharge qui emportent novation, Marcadé, sur l'art. 1275 ; Massé, 5, n. 307. Toutefois cette déclaration expresse n'exige aucune formule sacramentelle : il suffit qu'elle soit la conséquence nécessaire de l'ensemble des conventions des parties, ou des termes dans lesquels ces conventions sont conçues, Cass., 24 frim. an X ; Montpellier, 1er août 1832, S. V., 34, 1, 504 ; Cass., 8 juill. 1834, S. V., *ibid.*; Toullier, n. 290 ; Duranton, 12, n. 309 ; Massé. *loc. cit.* (Note de MM. Massé et Vergé)

(2) [V. *sup.*, note 2, p. 153.]

(3) Soit que le débiteur déléguant ait eu connaissance de l'insolvabilité du délégué, soit qu'il l'ait ignorée, Maleville, sur l'art. 1276 ; Merlin, *Rép.* v° *Délégation*, § 2.—Si le créancier a eu connaissance de l'insolva-

nouveau débiteur envers le créancier doit donc être considérée comme une obligation nouvelle (1), art 1279.

bilité du délégué, il n'a point de recours contre le déléguant, Pothier, n. 568.—Lors même qu'il y a eu réserve du recours, l'obligation antérieure s'éteint *per novationem* Duranton, 12, n. 327 et s. [En d'autres termes l'insolvabilité du délégué n'empêche pas qu'il y ait novation. Et c'est précisément parce qu'il y a novation que le crèancier a un recours, légal conventionnel. contre le déléguant : s'il n'y avait pas novation, le créancier n'aurait pas un recours, il aurait l'action directe résultant de l'obligation premiére, Marcadé, sur l'art. 1276.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Il suit de là que si un créancier délègue son débiteur, et que la délégation emporte novation, le débiteur délégué ne peut opposer au créancier, en faveur duquel la délégation a été faite, les exceptions qu'il pourrait opposer au créancier déléguant, L. 12 et 19, Dig., *De novatione ;* Maleville, sur l'art. 1281 ; Turin, 11 fév. 1811 ; Nîmes, 2 juill. 1812.—[Il suit encore de là, aux termes de l'art. 1279, que les privilèges et hypothèques primitifs de la créance qui sont éteints par la libération de l'ancien débiteur ne peuvent passer sur les biens du nouveau, L. 30, Dig., *De novat.*] Mais le créancier ne peut-il pas se réserver les droits d'hypothèque et de privilége qu'il avait sur les biens du premier débiteur? Cette question est résolue affirmativement par Duranton, 12, n. 311. [Il faut distinguer. Si la novation a lieu au moyen d'une délégation, et par conséquent avec le concours de l'ancien débiteur dont les biens sont hypothéqués, il n'est pas douteux que le créancier peut demander le maintien des hypothèques sur les biens de l'ancien débiteur et que celui-ci peut y consentir : l'ancien débiteur n'a pas besoin d'être personnellement tenu de la dette pour affecter ses biens au payement de cette dette, Pothier, n. 599. Mais si la novation a lieu au moyen d'une expromission, et par conséquent en l'absence de l'ancien débiteur, le créancier ne peut se réserver ses droits hypothécaires sur les biens de cet ancien débiteur qui, se trouvant libéré, ne peut pas plus être tenu sur ses biens qu'il ne l'est sur sa personne. Il faut son consentement pour que ses biens soient affectés à une dette qui est devenue la dette d'un tiers, et les réserves faites par le créancier ne peuvent y suppléer : en d'autres termes, pour que l'hypothèque subsiste, il faut un nouveau contrat, et pour contracter il faut être deux. Sans doute le créancier peut subordonner l'acceptation qu'il fait d'un nouveau débiteur à la conservation des hypothèques de l'ancien, c'est-à-dire au consentement que celui-ci donnera au maintien de ces hypothèques, de sorte que la novation sera comme non avenue si

3° La novation subjective, par laquelle un nouveau créancier est substitué à l'ancien, se distingue d'autres cas analogues, tels que l'indication d'une personne qui doit payer à la place du débiteur (1) et la cession (2), en ce que d'une part le créancier primitif libère le débiteur de l'obligation, et que d'autre part le débiteur contracte à l'égard du nouveau créancier une nouvelle obligation au moyen d'un nouveau contrat, et par conséquent avec le consentement du nouveau créancier (3).

Les règles relatives à la novation qui a lieu par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien sont également applicables par analogie à la novation qui s'opère par la substitution d'un créancier à un autre.

---

* 7 *Toullier*, *n*° 270 *et s.* } 270. La novation, disent les docteurs, est la substitution d'une nouvelle obligation à une ancienne, *qui demeure éteinte : Veteris obligationis in novam*

ce consentement n'intervient pas ; mais il est bien évident alors que si les hypothèques sont maintenues, ce n'est pas parce que le créancier se les sera réservées, mais parce que le débiteur ancien aura consenti à leur maintien. V. Duranton, *loc. cit.*] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) La simple indication d'un tiers, sans acceptation de celui-ci, ce qui empêche qu'il y ait délégation, et sans décharge de débiteur, ce qui empêche qu'il y ait novation, V. *sup* , note 10.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) [La cession d'une créance n'en opère pas la novation, parce que la créance cédée reste toujours la même, et qu'il n'y a en réalité aucun changement dans la personne du créancier, le cessionnaire ne faisant que continuer la personne du cédant dont il est la représentation exacte. Colmar, 8 juin 1810 ; Rouen, 11 mars 1815 ; Cass., 2 août 1847, S. V., 47, 1, 705 ; 2 mai 1853, S. V., 53, 1, 411 ; Duranton, 12, n. 121 et 313 ; Massé, 5, n. 300.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) Sur la différence entre cette novation et les cas analogues, V. Favard, *Rép.*, v° *Novation*, § 1 ; Duranton, 12, n. 313. (Note de MM. Massé et Vergé.)

translatio et confusio (Cujas, *Paratit. in Cod. de novat.*, 8, 42). Il n'y a point de novation si l'ancienne dette n'est pas éteinte.

Ce n'est donc pas sans raison que cette matière est placée dans le 5e chapitre, qui traite de l'extinction des obligations.

Le débiteur et le créancier sont toujours libres de faire, d'un consentement mutuel, telles innovations, tels changements que bon leur semble, à une obligation précédemment contractée, soit en y ajoutant, soit en y retranchant quelque chose, soit en la modifiant, de quelque manière que ce soit.

Mais ces dérogations, ces additions ou modifications, ne détruisent pas ordinairement la première obligation à l'égard des points auxquels on n'a pas dérogé, ou que l'on n'a pas modifiés.

Ces points restent dans toute leur force, en vertu du premier acte. Si l'on y fait des additions, il en résulte seulement qu'il y a plusieurs obligations au lieu d'une. Si ce sont des retranchements, l'obligation est seulement réduite. Il n'y a donc point de novation, si l'on n'est pas convenu d'éteindre et d'anéantir la première obligation, pour lui en substituer une nouvelle.

271. Ainsi, l'on doit considérer deux choses essentielles dans la novation ; l'ancienne obligation qu'on veut éteindre, la nouvelle qu'on veut lui substituer.

Le contrat de novation est donc toujours complexe. On y peut toujours distinguer deux obligations ; l'une d'éteindre une obligation préexistante, l'autre d'en contracter une nouvelle.

Ces deux conventions sont la condition l'une de l'autre. S'il n'existait point d'obligation ancienne que l'on désirât éteindre, la nouvelle ne serait pas contractée ; d'où résulte que, si l'ancienne se trouvait nulle, la nouvelle resterait sans cause.

Et si la nouvelle obligation n'existait point, si elle était nulle dans son principe, l'ancienne ne serait pas éteinte ; car l'extinction resterait sans cause.

Lorsque l'objet ou la matière de la nouvelle obligation est

la même que celle de l'ancienne, on s'aperçoit à peine que le contrat soit double ou complexe. Par exemple je vous dois 10,000 fr. sur l'hypothèque du fonds Cornélien, et sous le cautionnement de Paul, payable dans un an, en vertu d'acte du 1er janvier.

Nous convenons, le 1er février, que je vous paierai dans six mois, et qu'en conséquence l'acte du 1er janvier demeure éteint et comme non avenu.

Cette convention paraît simple au premier aspect, parce qu'elle n'a d'autre effet que d'éteindre les accessoires de l'ancienne obligation, sans toucher au fond. La nouvelle obligation, ainsi que l'ancienne, consiste dans la même somme de 10,000 fr.

Mais, lorsque l'objet de la nouvelle obligation est différent, on aperçoit distinctement les deux conventions ; l'une d'éteindre l'ancienne obligation, l'autre d'en contracter une nouvelle dans la place de l'ancienne.

Par exemple, dans l'espèce proposée, vous acceptez le fonds de Sempronien en paiement des 10,000 fr. que je vous dois, au moyen de quoi l'obligation du 1er janvier demeure éteinte.

On voit là clairement deux conventions distinctes ; l'une d'éteindre l'ancienne obligation du 1er janvier ; l'autre de vous transférer ou de vous vendre le fonds Sempronien.

272. La nouvelle obligation qui est substituée à l'ancienne que l'on éteint, peut être contractée par l'ancien débiteur ou par un nouveau ; elle peut l'être en faveur de l'ancien ou en faveur d'un nouveau créancier.

Le contrat de novation peut donc être passé de trois manières (1271) :

1° " Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. "

Cette première espèce, qui s'appelle simplement *novation*, s'opère sans l'intervention d'aucune nouvelle personne. Nous venons d'en donner deux exemples.

" Un arrêt de la Cour de Paris, du 7 décembre 1814, en offre un troisième exemple, dans l'espèce suivante :

Par acte notarié, du 14 février 1810, Leblond s'était reconnu débiteur de Bizet d'une somme de 8,000 fr., pour sûreté de laquelle il lui conféra une hypothèque, que Bizet fit inscrire au bureau de la conservation. Depuis l'inscription, celui-ci accepta pour sa créance dix billets de 800 fr. chaque, payables à différentes époques, et s'obligea de rendre son premier titre à Leblond, dont l'épouse souscrivit les billets, et s'obligea solidairement. A l'échéance du quatrième, Leblond refusa de payer jusqu'à la radiation de l'inscription.

Bizet contesta qu'il y eût novation, et prétendit qu'il ne devait être tenu à la radiation et à la restitution du premier titre qu'après le paiement entier de tous les billets; mais la Cour de Paris rejeta sa prétention, " attendu que Bizet, en " acceptant, sans aucune réserve, à la place de l'obligation " notariée du 14 février 1810, des billets souscrits solidaire- " ment par Leblond et sa femme, a opéré une véritable nova- " tion, qui a totalement éteint l'obligation notariée du 14 " février 1810, et l'inscription prise en vertu d'icelle." L'arrêt est rapporté par Sirey, en 1816, 2e partie, page 91.

273. 2° La novation s'opère par l'intervention d'une tierce personne, lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier." C'est ce qui arrive lorsque, par exemple, voulant rendre service à mon ami, que je sais hors d'état de payer une dette d'honneur, mais n'ayant pas moi-même d'argent pour payer, j'offre au créancier de le payer dans un mois, s'il veut libérer mon ami, et m'accepter pour seul débiteur. S'il y consent, l'ancienne obligation est éteinte par la substitution de la nouvelle. Cette novation, qui se fait par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier (1274). Ce qui est conforme à la disposition de l'art. 1236, qui porte que l'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé.

Les jurisconsultes romains appelaient cette espèce de nova-

tion *expromissio*, et celui qui se rend ainsi débiteur pour un autre, *expromissor*.

Il diffère du fidéjusseur, qui, en se rendant caution pour un débiteur, ne le décharge point de son obligation, mais y accède seulement et se rend débiteur avec lui.

Au reste, il est fort rare qu'une tierce personne s'oblige ainsi pour une autre à qui elle ne doit rien. On en peut citer pour exemple la promesse d'un père qui s'oblige de payer les dettes de son fils. Ce que nous venons de dire suffit pour l'expromission.

274. 3° La novation s'opère "lorsque, par l'effet d'un *nouvel engagement*, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé (1271, n° 3)."

Pothier, n° 549, d'où cet article est tiré, doit servir à expliquer ce paragraphe un peu obscur. Il dit que "la troisième espèce de novation est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau créancier, lorsqu'un débiteur, pour demeurer quitte envers son créancier, de l'ordre de cet ancien créancier, contracte quelque engagement envers un nouveau créancier."

Il faut supposer que le *nouvel engagement* que le débiteur contracte envers le nouveau créancier, de l'ordre de l'ancien, a un autre objet que la première obligation ; car s'il avait le même, le nouvel engagement ne produirait point d'autre effet que celui d'un transport de créance, qui substitue, à la vérité, un créancier à un autre, mais non pas une nouvelle obligation à une ancienne.

Par exemple, vous me devez 10,000 fr. Je vous en tiens quitte, à condition que vous consentirez à Paul une obligation de pareille somme.

Si, au contraire, je vous tiens quitte de 10,000 fr. que vous me devez, à condition que vous donnerez à Paul tant de tonneaux de vin, il y a substitution d'un créancier à un autre ; mais il y a aussi substitution d'une obligation à une autre dont l'objet était différent, et par conséquent novation. Cette sorte de novation est extrêmement rare.

275. Mais il en existe une autre espèce très fréquente, dans

laquelle il y a toujours substitution d'un débiteur à un autre débiteur, et presque toujours en même temps substitution d'un créancier à un autre créancier, quoique l'objet de la nouvelle obligation soit le même que celui de l'ancienne. Cette espèce de novation s'appelle *délégation.*

C'est un acte par lequel un débiteur, pour s'acquitter, délègue une tierce personne, qui s'oblige en sa place envers son créancier, ou envers une autre personne indiquée par ce dernier : *Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit. Leg.* 11, *ff. de novat.*, 46, 2.

---

* 2 *Delvincourt, sur art.* 1271 *C. N., p.* 172. } La novation s'opère de trois manières :

Premièrement, lorsqu'il n'y a qu'un simple changement d'obligation, sans intervention d'aucune nouvelle personne ;

Secondement, lorsqu'il y a changement de créancier, et en même temps nouvel engagement de la part du débiteur.

Nous disons *nouvel engagement*, parce qu'il faut, dans ce cas, pour qu'il y ait novation, que le débiteur contracte une nouvelle obligation envers une tierce personne, de l'ordre du premier créancier, qui consent à le libérer ; et c'est ce qui distingue ce cas de celui où le créancier a purement et simplement cédé sa créance à un tiers. Il y a bien alors changement de créancier, puisque, du moment que cette cession est signifiée au débiteur, celui-ci est libéré à l'égard du cédant, et ne peut plus payer qu'au cessîonnaire ; mais comme ce transport peut se faire, et se fait ordinairement sans l'intervention du débiteur, et conséquemment sans qu'il y ait, de sa part, un nouvel engagement, c'est toujours la même obligation qui subsiste ; et il n'y a pas de novation.

Troisièmement enfin, la novation s'opère par le changement de débiteur, quand une personne se charge de la dette d'un tiers, du consentement du créancier, qui décharge, en conséquence, l'ancien débiteur. Cette espèce de novation peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. Lorsqu'il y

intervient, et, ce qui arrive le plus souvent, lorsqu'il présente lui-même la tierce personne qui doit se charger de la dette, et qui est ordinairement un de ses propres débiteurs, c'est ce que l'on appelle *délégation*, qui est, à proprement parler, une double novation, comme dans l'espèce suivante :

" Paul, débiteur de Jacques, d'une somme de 3,000 fr., et " créancier de Pierre de pareille somme, présente ce dernier " à Jacques, envers lequel Pierre s'oblige pour ladite somme " de 3,000 fr. Il y a alors, comme nous l'avons dit, double " novation, si toutefois telle a été l'intention des parties- " parce que Pierre est déchargé envers Paul ; Paul l'est éga- " lement envers Jacques ; et il ne reste que le nouvel enga " gement de Pierre envers Jacques ".

Nous disons, *si telle a été l'intention des parties*, parce qu'en effet, pour que cet acte emporte novation, au moins à l'égard de Jacques, il faut qu'il ait manifesté l'intention évidente de décharger Paul, son premier débiteur ; auquel cas, il n'a plus de recours contre lui, quand même le délégué Pierre deviendrait insolvable, à moins que l'acte n'en contienne la réserve expresse, ou que le délégué ne fût en faillite onverte, ou tombé en déconfiture, au moment de la délégation.

La novation éteignant la dette, en éteint pareillement tous les accessoires. En conséquence, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à la nouvelle, à moins qu'il n'y en ait réserve expresse ; et, dans ce cas même, s'il y a plusieurs débiteurs, même solidaires, la réserve ne peut avoir d'effet que sur les biens de celui d'entr'eux qui a contracté la nouvelle obligation.

Il est au surplus évident que, si la novation a lieu par le changement du débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur, même de son consentement.

Par suite du même principe, la novation faite entre le créancier et le débiteur principal, libère les cautions. Si cependant le créancier n'a consenti à la novation, que sous la condition que les cautions accéderaient à la nouvelle obligation,

leur refus faisant défaillir la condition, la seconde obligation est censée n'avoir jamais existé, et conséquemment la novation ne s'être point opérée. Il en est de même, comme nous l'avons vu, dans le cas de la novation faite avec un débiteur solidaire, sous la condition de l'accession de ses co-débiteurs.

---

* *C. N.* 1271. } La novation s'opère de trois manières :
1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;

3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

1170. La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter.

1170. Novation can be effected only between persons capable of contracting.

---

* *ff. De novat. et deleg., Liv.* 46, *Tit.* 2, *LL.* 3 *et* 20. } *L.* 3. Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit. (POMPONIUS).

L. 20. Novare possumus aut ipsi, si sui juris sumus, aut per alios qui voluntate nostra stipulantur.

§ 1. Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare : tutor potest, si hoc pupillo expediat : item procurator omnium bonorum. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } *L.* 3. Celui qui est en interdiction ne peut innover son obligation, à moins qu'il ne fasse sa condition meilleure. (POMPONIUS).

L. 20. Nous pouvons innover ou par nous-mêmes, si nous ne dépendons de personne, ou par ceux qui stipulent d'après notre volonté.

§ 1. Le pupille ne peut innover sans l'autorisation de son tuteur ; mais le tuteur peut innover si cela est utile au pupille : de même celui qui a une procuration générale pour tous les biens. (PAUL).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 590 *et s.* } 590. Le consentement que donne le créancier à la novation de la dette étant quelque chose d'équipollent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui lui en serait fait ; il suit qu'il n'y a que ceux à qui on peut payer valablement, qui *puissent* faire novation de la dette.

Donc, par la même raison qu'on ne peut payer valablement à un mineur, à une femme non autorisée de son mari, à un interdit, on doit décider que ces personnes ne peuvent faire novation de ce qui leur est dû ; L. 3 ; L. 20, § 1, ff. *eod. tit.*

591. *Vice versâ*, celui à qui on peut payer une dette, peut aussi ordinairement faire novation : *Cui rectè solvitur, is etiam novare potest ;* L. 10, ff. *de Novat.*

Il suit de là qu'un créancier solidaire peut faire novation. Ainsi le décide Venuleïus (L. 31, § 1, ff. *de Novat. et deleg.*) dont la décision me paraît devoir être suivie, quoique Paul soit d'un sentiment contraire (1)*;* L. 27, ff. *de Pactis.* Les interprètes ont fait de vains efforts pour les concilier. *Voyez* Wissembach, *ad tit. de Novat.* 10.

592. Pareillement un tuteur, un curateur, un mari, peuvent faire novation (2) ; L. 20, § 1 ; L. *fin.* § 1, ff. *eod. tit.*

(1) Cette décision est peut-être moins certaine en droit français qu'en droit romain, dans le cas où ils n'étaient pas *socii :* et c'est probablement l'espèce de Venuleïus ; tandis que Paul raisonne dans l'hypothèse où ils sont *socii :* et chez nous ils sont de droit réputés tels. (BUGNET).

(2) Il faut convenir qu'en accordant ce pouvoir au mari et au tuteur, les droits de la femme et du mineur pourront être grandement compromis. (BUGNET).

Un fondé de procuration générale du créancier le peut aussi. Celui qui n'a qu'un pouvoir particulier pour recevoir des débiteurs ne le peut, parce que son pouvoir étant borné à recevoir, *non debet egredi fines mandati.*

Il en est de même de ceux qu'on appelle *adjecti solutionis gratiâ*, dont nous avons parlé au chapitre précédent, art. 2, § 4 : ils ne peuvent faire novation (L. 10, ff. *de Solut.*), quoiqu'on puisse leur payer valablement.

---

* 2 *Domat*, (*Remy*), *des novations*, *Liv.* 4, *Tit.* 3, *sec.* 2. } 1. Toute personne capable de contracter peut innover, et ce qu'il doit, et ce qui lui est dû. Et ceux qui ne peuvent s'obliger, comme les prodigues interdits, ne peuvent faire de novation, si ce n'est qu'elle rendît leur condition plus avantageuse. (C. civ. 1124, 1272.)

Il n'y a pas ouverture à cassation contre un arrêt de cour d'appel, par cela seul que cet arrêt prononce qu'il résulte clairement d'un acte que le débiteur d'un restant de prix d'immeuble a été libéré dans son obligation primitive par le vendeur, et a été constitué simple dépositaire du montant de la dette, bien que l'acte ne renferme aucune stipulation expresse à cet égard.

Si le propriétaire donne quittance à son fermier de ce qu'il doit sur le prix du bail, en recevant de lui des billets à ordre pour le montant de sa dette, les tribunaux ont pu, sans contrevenir à la loi, décider que, par cela seul, it y avait eu novation, et prononcer en conséquence la décharge des cautions du fermier.

Le vendeur d'immeubles qui est payé en billets à ordre du prix porté en son contrat, et qui donne quittance, acquittés que soient les billets à ordre, a désormais son titre dans les billets à ordre plus que dans son contrat. Cependant si, par une clause expresse de son contrat, l'acquéreur s'est obligé de payer son prix en lettres de change ou billets à ordre, il ne s'ensuit pas qu'il y ait eu novation ; que l'acquéreur cesse de devoir pour prix de vente, qu'il devienne débiteur pour effet de commerce, et qu'il puisse opposer la prescription de cinq ans.

Le porteur d'une lettre de change, dont l'échéance ne devient certaine que par l'acceptation, ne peut recourir contre le tireur, lorsqu'à l'échéance il accorde prorogation de délai à l'accepteur, en faisant substituer

une seconde acceptation à la première. Cette substitution, faite à l'insu du tireur et des endosseurs, opère novation. La preuve de cette substitution ainsi consentie frauduleusement entre le porteur et l'accepteur, peut résulter de simples présomptions. La fin de non-recevoir résultant de cette novation, peut être opposée par le tiers aux porteurs de la traite fournie au retour, lorsque les porteurs de cette seconde traite n'étaient pas endosseurs de la première.

2. Les tuteurs et curateurs peuvent faire des novations pour ceux qui sont sous leur charge, pourvu que ce soit à leur avantage. C. civ. 450, s. 811, s. 936, 480, s.)

3. Les procureurs constitués qui ont un ordre exprès, ou une procuration générale pour l'administration de tous les biens et de toutes affaires, peuvent innover. C. civ. 1987, s. Co. 593, § 5.)

4. Si deux personnes sont solidairement créanciers d'une même dette, de sorte que chacun ait seul le droit de l'exiger et d'en acquitter le débiteur, il peut l'innover. C. civ. 1197, s.)

5. Comme un tiers qui ne serait pas intéressé avec le débiteur peut payer pour lui, il peut de même innover sa dette sans lui, s'obligeant en sa place envers le créancier, dans le dessein d'innover cette dette et l'anéantir. (C. civ. 1274.)

6. On peut innover toutes sortes de dettes indistinctement, de même qu'on peut les anéantir par les autres voies qui les acquittent et les annullent. Ainsi, on peut innover une dette qui était sujette à restitution ou rescision, un legs, une dette due par une transaction ou par une condamnation en justice, et toute autre, quelque cause qu'elle puisse avoir. Et la novation subsiste, quoique la nouvelle dette puisse ne pas subsister, comme si elle était sujette à rescision, ou que subsistant elle fût inutile, comme si le nouveau débiteur était insolvable. Car ces événements ne feraient pas revivre la première obligation qui était éteinte par la novation. (C. civ. 1278.)

Quand une créance, consistant en une rente viagère, est capitalisée, l'hypothèque antérieure peut, du consentement des parties, rester la même quant à sa cote et à son rang, surtout entre les parties contractantes.

2 *Mourlon, sur art.* 1273, *C. N.* } 1404.—III. *De la volonté de nover.*—La novation a de l'analogie avec plusieurs autres opérations. Aussi est-il quelquefois fort difficile, lorsque les parties n'ont pas dit expressément le but qu'elles voulaient atteindre, de savoir au juste qu'elle opération elles ont entendu faire.

Primus, qui me doit tant de mesures de blé, me promet telle somme d'argent ; l'acte ne porte point que la dette d'argent a été contractée pour remplacer la dette de blé. Un doute est possible : la dette nouvelle a-t-elle été contractée pour *remplacer* la première ou pour *concourir avec elle ?* L'acte ne le dit point.

Secundus s'est engagé à me payer la somme que me doit *Primus*. Les parties ont-elles entendu que la dette de *Primus* sera, dès à présent, éteinte et remplacée par celle de *Secundus :* il y a *novation.* Ont-etles entendu, au contraire, que *Secundus* payera ce que doit *Primus*, si ce dernier ne paye pas lui-même : il y a contrat de *cautionnement.* L'acte est muet sur le but qu'elles se sont proposé : un doute est donc possible.

Suivant l'ancien droit romain, la volonté de nover se présumait facilement ; sous Justinien, elle dut être *exprimée.* Le Code s'est placé entre ces deux systèmes. La novation ne se présume point ; mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit expressément stipulée : il suffit que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ou des circonstances qui l'ont accompagné (voy. toutefois le n° 1418).

La novation ne se présume point, parce qu'elle contient, de la part du créancier, une renonciation à ses droits : *renuntiatio non præsumitur.* Elle n'a pas besoin d'être stipulée expressément, parce que selon notre droit commun, la volonté des parties, de quelque manière qu'elle se manifeste, qu'elle soit expresse ou tacite, doit recevoir son effet.

1405.—IV. *Des dettes qui peuvent être novées et par quelles dettes elles peuvent l'être.*—La novation est une convention à double but. Elle est, en effet, tout à la fois *productive* et *ex-*

tinctive d'une obligation. Le créancier renonce à sa créance, afin d'en acquérir une nouvelle ; le débiteur consent une obligation nouvelle, afin d'obtenir l'extinction de l'ancienne. Ainsi, chacun des *effets* que la novation doit produire sert *cause* à l'autre. L'extinction de l'ancienne dette a pour cause la création de la dette nouvelle, et, réciproquement, l'obligation nouvelle a pour cause l'extinction de l'ancienne dette. Ces deux effets ne peuvent donc être produits que *cumulativement.* Si l'un des deux manque, l'autre manque nécessairement.

Concluons-en : 1° qu'une dette qui est *nulle* ne peut pas être novée ; 2° qu'une dette valable ne peut pas être novée par une dette *nulle.*

1406.—Une dette *annulable* peut-elle être novée par une dette *valable*, ou, réciproquement, une dette *valable* par une dette *annulable ?* Une dette *conditionnelle* peut-elle être novée par une dette *pure et simple*, ou, réciproquement, une dette *pure et simple*, par une dette *conditionnelle ?*

Reprenons séparément chacune de ces questions :

1° Une dette *annulable* peut-elle être novée par une dette *valable* ? J'admets, sans hésiter, l'affirmative. Une dette *annulable* existe civilement, comme dette valable, pour toute personne qui, volontairement, la reconnaît : c'est ainsi qu'elle peut être *valablement payée*, soit par le débiteur lui-même, en temps de capacité, soit par un tiers. Or, si elle peut servir de cause légitime à un *paiement*, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit novée. Qu'est-ce, en effet, que la novation ? Un paiement *sui generis*, une espèce de *datio in solutum :* le créancier libère son débiteur et reçoit, en échange de la créance qu'il abandonne, le nouvel engagement que contracte envers lui le débiteur ou un tiers.

J'ai prêté 1,000 fr. à un mineur : ma créance est annulable. Si le mineur, devenu capable, ou si un tiers m'offre et me livre en paiement cinquante mesures de blé, cette *datio in solutum* est valable. Si, au lieu de me livrer dès à présent les cinquante mesures de blé, le débiteur, ou le tiers qui veut le

libérer, s'engage à me les payer à telle époque, l'espèce n'est-elle pas au fond la même ? N'est-ce pas encore une *datio in solutum* qui a été effectuée ? Dans le premier cas, j'ai reçu en paiement un droit de propriété ; dans le second, un droit de créance sur cinquante mesures de blé. Qu'importe la nature de la chose fournie en paiement ? Ce qui est vrai, c'est qu'un paiement a été offert et accepté ; or, aux termes de l'art. 1338, une dette annulable peut être valablement payée (voy. aussi les nos 1309 et 1485).

1407.—2° Une dette *valable* peut-elle être irrévocablement, définitivement, novée par une dette *annulable ? Primus* me doit 1,000 fr.; son héritier, qui est *mineur*, s'engage envers moi à me donner, à la place des 1,000 fr. qu'il me doit, tant de mesures de blé ; plus tard, il demande et obtient l'annulation de son obligation nouvelle : l'ancienne dette subsiste-t-elle ? Faut-il dire, au contraire, qu'elle demeure éteinte ?

En principe, l'obligation qui est valable n'est pas irrévocablement novée lorsque l'obligation nouvelle qui doit la remplacer est annulable : car tout se tient et s'enchaîne dans une novation : si l'un de ses effets est réputé n'avoir jamais existé, l'autre doit nécessairement être dans le même cas. Ainsi, lorsque l'obligation nouvelle est annulée, mise à néant, l'ancienne obligation n'est pas éteinte. Les choses sont remises au même état qu'auparavant. Il est d'ailleurs de principe que l'incapable qui obtient l'annulation du contrat qu'il a fait ne doit rien retenir de ce qu'il a reçu de l'autre partie (art. 1312) ; il ne peut donc pas, dans l'espèce, retenir sa libération.

Il en serait autrement cependant s'il était démontré que le créancier qui a fait novation avec un incapable s'est contenté de la créance qui lui a été donnée en paiement, qu'il l'a acceptée telle qu'elle est, comme l'équivalent de celle à laquelle il a renoncé et qu'il a, en un mot, entendu faire une renonciation définitive en échange de la mauvaise créance qui lui a été donnée en paiement. " Je vous tiendrai quitte, vous dis-je, des 1,000 fr. que vous me devez, si vous déter-

minez *Primus* à prendre envers moi l'engagement de me payer tant de mesures de blé." Vous m'objectez que *Primus* est mineur : " Peu importe : j'accepte son engagement, à mes risques et périls ; je le reçois *tel quel* en paiement de la créance que j'ai sur vous." L'affaire est conclue dans ces termes. Dans cette hypothèse, l'annulation de l'obligation contractée par *Primus* n'entraîne pas l'annulation de la renonciation que j'ai faite à mon ancienne créance. L'annulation de l'obligation nouvelle ne fait pas, en effet, que l'extinction de l'ancienne soit sans cause. Qu'a voulu le créancier ? Acquérir la *chance* d'une créance valable ! Or, cette chance, il l'a eue, et rien ne peut faire qu'elle n'ait pas existé, qu'il n'ait point reçu, en définitive, ce qu'il s'était proposé d'avoir au lieu et place de son ancienne créance. Il a reçu, en échange de sa renonciation, un équivalent bien peu sûr, une mauvaise créance ; mais qu'importe ? sa renonciation n'est pas sans cause ! Il a fait bon marché de sa créance, mais n'était-il pas le maître d'en disposer ? Est ce qu'il n'aurait pas pu l'abandonner sans aucun équivalent pécuniaire, gratuitement ?

1408.—3° Une dette *conditionnelle* peut-elle être irrévocablement novée par une dette *pure et simple ?* En principe, lorsqu'une dette conditionnelle est novée par une dette pure et simple, la novation elle-même est conditionnelle. Si la condition à laquelle est subordonnée l'existence de la première obligation se réalise, la novation est valable : car alors elle renferme tous les éléments essentiels à sa validité, extinction d'une dette et création d'une dette nouvelle. Si la condition vient à défaillir, la novation ne s'est point formée : car, l'ancienne dette étant réputée n'avoir jamais existé, la nouvelle n'a pu naître faute de cause.

Il en est autrement toutefois s'il est démontré que le créancier a abandonné sa créance conditionnelle, c'est-à-dire la chance qu'il avait d'être créancier, en échange d'une créance *certaine*, mais de moindre valeur. C'est alors un contrat *aléatoire* qui doit être respecté de part et d'autre. Vous me

devez 1,000 fr., sous condition suspensive : " Si vous voulez, vous dis-je, vous engager, purement et simplement, à me donner cinquante mesures de blé (lesquelles valent 700 fr.), je vous déchargerai de l'obligation conditionnelle dont vous êtes tenu envers moi." Vous acceptez. Cette novation n'a rien de conditionnel ; tout est définitif dès à présent.

1409.—4° Une dette *pure et simple* peut-elle être irrévocablement novée par une dette *conditionnelle ?* Ma solution est la même que celle que j'ai donnée dans la précédente espèce. En principe, lorsque la première dette est pure et simple et que la seconde est conditionnelle, la novation est elle-même conditionnelle ; elle ne se forme qu'autant que la condition à laquelle est subordonnée la validité de la nouvelle dette se réalise. Si elle vient à défaillir, rien n'est fait ; les choses restent au même état qu'auparavant. Dès que la dette nouvelle n'a pas pu naître, l'ancienne n'a pas pu cesser d'exister. —Ici encore il en est autrement lorsqu'il est démontré que le créancier a entendu abandonner définitivement la créance *certaine* qu'il avait, en échange d'une créance *incertaine*, mais plus considérable que la première : la novation n'est plus alors *conditionnelle*, elle est *aléatoire*.

1410.—En résumé :

1° Lorsque la dette qu'on veut nover est *nulle*, l'obligation nouvelle ne naît pas faute de cause.

2° Lorsque la dette nouvelle est *nulle*, l'extinction de l'ancienne manque de cause ; l'ancienne dette continue d'exister.

3° Toute obligation susceptible d'être valablement payée peut être valablement novée, car la novation n'est qu'un paiement *sui generis* : ainsi peuvent l'être, non-seulement les dettes valables, mais encore les dettes annulables et les dettes naturelles.—Toutefois, par exception, la dette de jeu ne peut pas être novée, bien qu'elle puisse être valablement payée (voy. l'explication de l'article 1967).

4° Lorsque l'ancienne dette est *valable* et la nouvelle *annulable*, l'ancienne dette revit si la première est annulée ; à moins qu'il ne soit démontré que le créancier a entendu faire

une renonciation définitive de sa créance, en échange de la dette annulable qu'il a reçue en paiement.

5° Lorsque l'ancienne dette est *conditionnelle,* la nouvelle dette ne peut naître qu'autant que la condition à laquelle était subordonnée l'ancienne se réalise ; à moins, toutefois, qu'il ne soit établi que les parties ont entendu faire une novation, non pas *conditionnelle*, mais *pure et simple* et *aléatoire.*

6° Lorsque l'ancienne dette est *pure et simple* et la nouvelle *conditionnelle*, l'ancienne n'est éteinte qu'autant que la condition à laquelle est subordonnée l'existence de la nouvelle dette se réalise ; à moins encore qu'il ne soit prouvé que les parties ont voulu faire une novation pure et simple et aléatoire.

Voy. *Mourlon*, cité sur art. 1180.

---

* *C. N.* 1272.—Semblable au texte.

1171. La novation ne se présume point ; l'intention de l'opérer doit être évidente.	**1171. Novation is not presumed. The intention to effect it must be evident.**

Voy. autorités sur art. 1169 et 1170.

---

* *C. N.* 1273. } La novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

[ARTICLE 1172.]

1172. La novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier.

1172. Novation by the substitution of a new debtor may be effected without the concurrence of the former one.

---

* *ff. De novat. et deleg., Liv.* 46, *Tit.* 2, *L.* 8, § 5. } § 5. Si ab alio promissam sibi dotem, maritus ab uxore dotis nomine, stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est. Quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat ? Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat. Si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur : sed altero solvente, alter liberatur. Non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur : liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiam si nolim. (ULPIANUS).

Ibidem *Trad. de M. Berthelot.* } § 5. Si un mari auquel un étranger a promis une dot, la stipule de sa femme à titre de dot, la dot n'est pas doublée ; mais il y aura novation si telle a été l'intention. Car quelle différence y a-t-il qu'elle-même ou un autre promette ? Car ce que je dois, si un autre le promet, il peut me libérer, pourvu qu'il le fasse pour novation. Mais si cette nouvelle promesse est intervenue sans vouloir innover, l'un et l'autre à la vérité seront obligés ; mais l'un payant, l'autre est libéré. Cependant si quelqu'un stipule ce qui m'est dû, il ne m'ôte pas mon action, à moins qu'il ne stipule de mon consentement ; mais celui qui promet ce que je dois, me libère même malgré moi. (ULPIEN).

Voy. autorités sur art. 1169.

[ARTICLE 1173.]

* *C. N.* 1274. } La novation par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

1173. La délégation par laquelle un débiteur donne à son créancier un nouveau débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend décharger le débiteur qui fait la délégation.

1173. The delegation by which a debtor gives to his creditor a new debtor who obliges himself toward the creditor does not effect novation, unless it is evident that the creditor intends to discharge the debtor who makes the delegation.

Voy. autorités sur art. 1169.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 600 *et s.* } 600. La *délégation* est une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne, qui, à sa place, s'oblige envers ce créancier, ou envers la personne qu'il indique.

Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit ; L. 11, *de Novat.*

Il résulte de cette définition, que la délégation se fait par le concours de trois personnes, et qu'il en intervient quelquefois une quatrième.

1° Il faut le concours du déléguant, c'est-à-dire, de l'ancien débiteur qui donne à son créancier un autre débiteur en sa place ;

2° De la personne du délégué qui s'oblige envers le créancier, à la place de l'ancien débiteur, ou envers la personne indiquée par le créancier ;

3° Du créancier, qui, en conséquence de l'obligation que la personne déléguée contracte envers lui, ou envers la personne qu'il lui indique, décharge le déléguant.

Quelquefois il intervient dans la délégation une quatrième personne ; savoir, celle que le créancier indique, et envers qui, sur l'indication du créancier, et de l'ordre du déléguant, la personne déléguée s'oblige.

Pour qu'il y ait délégation, il faut que la volonté du créancier, de décharger le premier débiteur, et de se contenter de l'obligation de ce nouveau débiteur qui s'oblige envers lui à la place du premier, soit bien marquée. C'est pourquoi si Pierre, l'un des héritiers de mon débiteur, pour se décharger d'une rente envers moi, a, par un partage, chargé Jacques son cohéritier, de me la payer à sa décharge, il n'y aura pas de délégation, et Pierre ne sera pas déchargé envers moi, si je n'ai pas, par quelque acte, déclaré formellement que je déchargeais Pierre ; sans cela, quoique j'aie reçu de Jacques seul les arrérages pendant un temps considérable, on n'en pourra pas conclure que je l'ai accepté pour mon seul débiteur à la place de Pierre, et que j'ai déchargé Pierre ; *Arg.* L. 40, § 2, ff. *de Pact.*

601. La délégation renferme une novation ; savoir l'extinction de la dette du déléguant, et l'obligation que la personne déléguée contracte en sa place. Ordinairement même la délégation contient une double novation : car ordinairement la personne déléguée est un débiteur du déléguant, lequel, pour s'acquitter envers le déléguant de son obligation, contracte, de l'ordre du déléguant, une nouvelle obligation envers le créancier du déléguant. Il se fait en ce cas une novation, et de l'obligation du déléguant envers son créancier à qui le déléguant donne un autre débiteur en sa place, et de l'obligation de la personne déléguée envers le déléguant, en conséquence de celle qu'elle contracte de son ordre envers son créancier.

602. Si la personne déléguée n'était pas débitrice du déléguant, quoiqu'elle ne se fût obligée en sa place envers son

créancier que dans la fausse persuasion qu'elle était débitrice du déléguant, l'obligation qu'elle aurait contractée envers ce créancier n'en serait pas moins valable, et elle ne pourrait se défendre de le payer ; sauf à elle son recours contre le déléguant, pour qu'il fût tenu de l'acquitter. Le créancier, qui par l'obligation que contracte envers lui la personne déléguée, ne fait que retirer ce qui lui était dû par son ancien débiteur qu'il a déchargé, ne doit point souffrir de cette erreur : *Si per ignorantiam promiserit, nullá quidem exceptione uti poterit adversùs creditorem, quia ille suum recepit ; sed is qui delegavit, tenetur conditione ;* L. 12, ff. *de Novat.*

Il en serait autrement, si celui envers qui la personne déléguée s'est obligée, n'était point créancier du déléguant, soit que le déléguant fût lui-même dans l'erreur, et qu'il crût être débiteur, soit qu'il voulût lui faire donation. En l'un et l'autre cas, la personne déléguée qui s'est obligée envers lui par erreur, dans la fausse persuasion qu'elle était débitrice du déléguant, ne sera pas valablement obligée, et pourra se défendre de payer, l'erreur étant découverte ; L. 7, ff. *de Dol. except.;* L. 2, § 4, ff. *de Donat.*

La raison de cette différence est, que, dans cette espèce-ci, celui envers qui la personne déléguée s'est obligée, *certat de lucro captando ;* pendant que la personne déléguée, qui s'est par erreur obligée envers lui, *certat de damno vitando.* Or on doit plutôt subvenir à celui qui *certat de damno*, qu'à celui qui *certat de lucro.* C'est pourquoi on doit non-seulement le décharger de son obligation contractée par erreur, mais même lui accorder la répétition de ce qu'il aurait payé en conséquence, suivant cette règle de droit, *Melius est favere repetitioni, quàm adventitio lucro.*

Au contraire, dans l'espèce précédente, le créancier envers qui la personne déléguée s'est obligée *versaretur in damno*, si la personne déléguée était déchargée de son obligation.

603. Si la personne déléguée ne s'oblige que sous une condition, tout l'effet de la délégation sera en suspens, jusqu'à l'échéance de la condition : et de même que, en ce cas, il

dépend de l'échéance de la condition que la personne déléguée soit obligée, de même il dépend de l'échéance de la même condition que le déléguant soit libéré de son obligation, laquelle ne peut être éteinte que par la nouvelle obligation de la personne déléguée, qui doit être substituée en sa place.

L'obligation de la personne déléguée envers le déléguant dépend pareillement de cette condition : car la personne déléguée ne peut être libérée envers le déléguant qu'autant qu'elle s'oblige en sa place envers le créancier.

Quoique la personne déléguée ne soit pas libérée envers le déléguant jusqu'à l'échéance de cette condition, néanmoins le déléguant, par l'ordre duquel elle s'est obligée sous condition, ne peut faire aucune poursuite contre elle, jusqu'à ce que cette condition soit faillie : car, tant qu'elle peut exister, il est incertain si elle demeurera obligée envers lui, ou si elle le sera envers le nouveau créancier : c'est la décision de la Loi 36, ff. *de Reb. cred.*

604. Régulièrement, lorsque la personne déléguée s'est obligée valablement envers le créancier à qui elle a été déléguée, le déléguant est pleinement libéré envers ce créancier, et ce créancier n'a aucun recours contre lui, dans le cas auquel le nouveau débiteur a lui délégué deviendrait insolvable : ce créancier, en acceptant la délégation, a suivi la solvabilité du débiteur qui était délégué ; *nomen ejus secutus est.*

Ce principe souffre exception, dans le cas auquel il aurait été convenu " que le déléguant donnerait *à ses risques* un nouveau débiteur à sa place."

Paul décide que, en ce cas, le créancier peut agir *actione mandati contrariâ*, contre le déléguant, pour être indemnisé de la somme dont il n'a pu être payé par l'insolvabilité du nouveau débiteur à lui délégué ;

Car, lorsque, à la prière de mon ancien débiteur, j'accepte à ses risques un autre débiteur à sa place, c'est un contrat de mandat qui intervient entre nous ; je suis son mandataire en

acceptant la délégation, et par conséquent je dois être par lui indemnisé de ce qu'il m'en coûte pour l'avoir acceptée.

Or, il m'en coûte la somme dont je n'ai pu être payé par le débiteur délégué : j'en dois donc être indemnisé par lui.

Observez qu'il faut pour cela qu'on ne puisse me reprocher de n'avoir pas fait les diligences qui auraient pu me procurer mon paiement, pendant que le débiteur délégué était solvable : car, en ce cas, c'est ma faute si je n'ai pas été payé.

Or, selon les règles du contrat de mandat, un mandataire n'a d'action pour être indemnisé, que de ce qu'il lui en a coûté sans sa faute : *Venit in actione mandati quod mandatario ex causâ mandati abest inculpabiliter.*

Comme ce n'est pas la délégation par elle-même, mais le contrat de mandat qu'on suppose intervenu entre le déléguant et le créancier, qui rend le déléguant responsable de l'insolvabilité du débiteur délégué, c'est au créancier qui prétend se servir de ce contrat de mandat, à faire voir par écrit qu'il est intervenu, et qu'il n'a accepté la délégation qu'aux risques du déléguant.

Cette convention ne se suppose point ; c'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par Bouvot.

Cujas (*ad* L. 26, § 2, ff. *Mand. ad* libr. 33 Paul *ad edic.*) rapporte une seconde exception à notre principe, qui est que, " quoique la délégation n'ait pas été faite à la charge qu'elle serait aux risques du déléguant, néanmoins si, dès le temps de la délégation, l'insolvabilité du débiteur délégué était arrivée, et ignorée du créancier, le déléguant en devrait être tenu."

Cette décision de Cujas est fondée en équité ; la délégation renferme entre le déléguant et le créancier une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part et d'autre, dans lesquelles chacun entend recevoir autant qu'il donne.

L'équité de ces conventions consiste dans l'égalité ; elles sont iniques, lorsque l'une des parties donne beaucoup, et reçoit peu à la place.

Suivant ces principes, la délégation que vous me faites d'une créance de mille livre que vous doit Pierre insolvable, à la place d'une pareille somme dont vous m'êtes débiteur, est manifestement inique : car, par cette délégation, vous recevez la remise de votre dette de mille livres, laquelle remise a une valeur réelle et effective de mille livres ; et pour cette valeur de mille livres que vous recevez de moi, vous me donnez une créance sur un débiteur insolvable, qui n'a aucune valeur, ou n'en a presque aucune : il faut donc que, pour réparer l'iniquité de la convention, vous soyez tenu envers moi de l'insolvabilité de ce débiteur que j'ai accepté par erreur pour mon débiteur à votre place.

Il en serait autrement, si lors de la délégation que vous m'avez faite de ce débiteur à votre place, j'avais connaissance de l'insolvabilité.

La délégation ne renferme pas, en ce cas, une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part et d'autre ; mais elle renferme un bienfait que j'ai bien voulu vous faire, en acceptant ce débiteur à votre place, quelque insolvable qu'il fût. Vous ne m'avez fait aucun tort, puisque, en connaissance de cause, j'ai bien voulu accepter : *Volenti non fit injuria.*

Despeisses rejette le sentiment de Cujas, et prétend qu'à moins qu'il n'ait été expressément convenu " que le déléguant déléguait à ses risques, *suo periculo*, " le créancier ne peut jamais se plaindre de l'insolvabilité du débiteur qui a été délégué, et qu'il a bien voulu accepter, quelque ignorance qu'il allègue en sa faveur.

Sa raison est qu'autrement la délégation n'aurait jamais l'effet de libérer le déléguant, qui est l'effet qu'elle doit avoir par sa nature, puisque le créancier dirait toujours qu'il a ignoré l'insolvabilité du débiteur qu'on lui a délégué.

Ces raisons peuvent faire rejeter, dans le for extérieur, l'opinion de Cujas ; mais elle me paraît indubitable dans le for de la conscience.

605. Il nous reste à observer que la *délégation* est quelque

chose de différent du *transport*, aussi bien que de la simple *indication.*

Le *transport* que fait un créancier à quelqu'un de sa créance, ne contient aucune novation : c'est la même créance qui passe du cédant au cessionnaire lequel même n'est, à proprement parler, que le *procurator in rem suam* du créancier qui la lui a cédée. D'ailleurs ce transport ne se passe qu'entre deux personnes, le cédant et le cessionnaire, sans qu'il soit besoin que le consentement du débiteur intervienne.

Nous traiterons du transport dans notre *Traité du Contrat de vente*, part. 6, chap. 3.

La novation diffère aussi de la simple indication.

Lorsque j'indique à mon créancier une personne de qui il recevra le paiement de la somme que je lui dois, et sur laquelle pour cet effet je lui donne une rescription, cet acte ne contient qu'un simple mandat. Il ne contient ni un transport, ni une novation ; je demeure toujours le débiteur de mon créancier ; la personne que je lui indique, et sur qui je lui donne une rescription, ne le devient pas à ma place.

Pareillement, lorsqu'un créancier indique à son débiteur une personne à qui il pourra payer, cette indication ne contient aucune novation ; le débiteur ne devient pas le débiteur de la personne à qui on lui indique de payer, il demeure toujours le débiteur de l'indiquant.

---

* 2 *Domat* (*Rémy*), *des Délégations*, *Liv.* 4, *Tit.* 4. } On a expliqué dans le préambule du titre précédent la nature des novations et des délégations, et leur différence. Et on y a remarqué que la délégation peut se faire en deux manières. Car on peut déléguer, de sorte que l'obligation de celui qui délègue un autre débiteur en sa place soit anéantie et ne subsiste plus, comme si c'était une obligation qu'on ait déchirée, le nouveau débiteur s'obligeant par une autre obligation, soit de la même nature ou d'une autre différente. Et on peut aussi déléguer de sorte que, la première

obligation subsistant, le premier débiteur en soit déchargé, et qu'il n'y en ait pas d'autre débiteur que celui qui est délégué. Et, dans l'une et l'autre de ces deux manières, il est toujours vrai que l'obligation du premier débiteur est anéantie, puisqu'il ne reste plus obligé, et que la délégation, faisant un nouveau débiteur, fait aussi par cette raison une nouvelle obligation.

On fait ici cette remarque, parce qu'encore que cette distinction de ces deux manières de délégation ne se trouve pas marquée expressément et précisément dans les textes qui sont rapportés sur les articles de ce titre, elle est une suite naturelle de ce qu'ils contiennent de la nature et des effets de la délégation.

Il s'ensuit de ces remarques de la nature de la novation, et de celle de la délégation, que toute délégation renferme une novation, puisqu'au lieu d'une première obligation on en substitue une nouvelle. Mais toute novation ne renferme pas une délégation, puisque le débiteur peut innover sa première obligation par une nouvelle où il s'oblige seul, sans autre nouveau débiteur.

1. Le délégation est le changement d'un débiteur au lieu d'un autre, lorsque celui qui doit substitue un tiers qui s'oblige en sa place envers le créancier, de sorte que ce premier débiteur demeure acquitté et sa dette éteinte, et que le créancier se contente de l'obligation du second débiteur. (C. civ. 1276.)

2. Il y a cette différence entre la novation et la délégation, qu'au lieu qu'un tiers peut innover la dette du débiteur, sans qu'il y consente, la délégation ne se fait que par consentement, et du débiteur qui en délègue un autre, et de celui qui est délégué, et du créancier qui accepte la délégation, et qui se contente du nouveau débiteur. (C. civ. 1275.)

3. Il ne faut pas confondre la délégation avec le transport que fait un débiteur à son créancier de ce que peut lui dévoir une autre personne. Car, au lieu que la délégation renferme la volonté de celui qui s'oblige à la place d'un autre

et qu'elle acquitte le premier débiteur, le transport est comme une vente de la dette d'un tiers, qui peut se faire sans qu'il y consente ; et on peut convenir que celui qui fait un transport restera obligé comme auparavant. (C. civ. 1277, 1249, s.)

4. Il y a encore cette différence entre le transport et la délégation, que celui qui a fait un transport peut recevoir ce qu'il a cédé, si la signification n'en a pas encore été faite à celui qui doit la somme cédée. Et la mauvaise foi de celui qui reçoit ce qu'il avait transporté n'empêche pas que le débiteur qui l'a payé ne soit acquitté. Mais, après la délégation, celui qui est délégué ne peut s'acquitter qu'en payant au créancier qui l'a acceptée. (C. civ. 1276, 1295, 1690, s.)

5. Si un débiteur transporte à son créancier ce que lui doit un tiers, ou si ce tiers s'oblige pour ce débiteur envers ce créancier, de sorte que dans l'un et dans l'autre cas le premier débiteur demeure obligé, ce ne sera ni une délégation ni une novation, mais une sûreté que ce débiteur, demeurant obligé, donnera de nouveau à son créancier, la première dette subsistant toujours. (C. civ. 1276, 1277, s.)

6. Le créancier à qui son débiteur en délègue un autre, peut, ou accepter la délégation lui-même en son nom, ou donner son ordre pour la faire accepter par une autre personne. Et dans ce second cas la délégation fait un changement et du débiteur et du créancier. (C. civ. 1275.)

7. La délégation fait une espèce de novation. Car la première dette de celui qui délègue demeure éteinte par l'obligation de celui qui est délégué. (C. civ. 1273, 1279.)

8. Celui qui est délégué par le débiteur s'étant obligé envers le créancier, ne peut plus faire revivre la première dette anéantie par la délégation, ni engager les biens que le premier débiteur avait obligés. Et le créancier, de sa part, n'a plus de recours contre celui qui a délégué ; soit que le nouveau débiteur devienne insolvable, ou qu'il le fût déjà au temps de la délégation. Car on ne considère plus l'origine de la première dette, mais la seconde seulement qui l'a an-

nulée. Ce qu'il faut entendre dans le cas d'une véritable délégation qui ait innové. (C. civ. 1276, 1278.)

9. Dans ce même cas d'une véritable délégation qui ait innové, si celui qui est délégué avait de justes défenses contre le premier débiteur, qu'il n'ait pas réservées, il ne pourra s'en servir contre le créancier, quand même il se trouverait qu'il eût à se défendre par quelque dol de celui qui l'a délégué. Car la première obligation ne subsistant plus, la seconde prend sa nature de ce qui s'est passé dans la délégation entre le délégué et le créancier de qui l'intérêt est indépendant de tout ce qui avait précédé entre son débiteur et celui qui est délégué. Ainsi, par exemple, si celui qui est délégué ne devait au déléguant qu'à cause d'une donation qu'il lui avait faite, ce délégué ne pourra se servir des exceptions qu'ont les donateurs contre les donataires, comme serait le droit de révoquer la donation par l'ingratitude du donataire, ou de faire modérer les contraintes pour le paiement d'une somme donnée. Ainsi, pour un autre exemple, si le délégué devait au déléguant une obligation dont il pouvait être relevé, l'ayant consentie dans sa minorité sans un emploi utile, il ne pourrait être relevé contre le créancier, si dans le temps de la délégation il était majeur.

---

* *C. N.* 1275. } La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.

1174. La simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place, ou la	1174. The simple indication by the debtor of a person who is to pay in his place, or the simple

simple indication par le créancier d'une personne qui doit recevoir à sa place, ou le transport d'une dette avec ou sans l'acceptation du débiteur, n'opère pas novation.

indication by the creditor of a person who is to receive in his place, or the transfer of a debt with or without the acceptance of the debtor, does not effect novation.

---

* *ff. De novat. et delegat.*, *L.* 46, *Tit.* 2, *L.L.* 21, 25. } *L.* 21. Si debitorem meum jussero tibi solvere, non statim tu etiam stipulando id novare possis : quamvis debitor solvendo tibi liberaretur. (POMPONIUS).

L. 25. Non ideo novare veterem obligationem quisquam rectè potest, quod interdum recté ei sovitur. Nam et his qui in nostra potestate sunt, quod ab his creditum est, rectè interdum solvitur : cùm nemo eorum per se novare priorem obligationem jure possit. (CELSUS).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } *L.* 21. Si j'ordonne à mon débiteur de vous payer, vous ne pouvez pas à l'instant même en stipulant de lui, faire une novation ; quoique le débiteur en vous payant fût libéré. (POMPONIUS).

L. 25. On n'a pas le droit d'innover une ancienne obligation, par cela seul que quelquefois on a le droit de recevoir un paiement. Car on peut bien payer à ceux qui sont en notre pouvoir ce qu'ils ont prêté ; mais aucun d'eux n'a droit par lui-même d'innover une première obligation. (CELSE).

Voy. autorités sur art. 1169 et 1173.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *n*os 551-2. } 551. Il faut prendre garde de ne pas confondre le *transport-cession*, dont nous traitons ici, avec le *transport de simple délégation ou indication.*

Le *transport-cession* contient une vente de la dette qui est transportée, et en conséquence l'insolvabilité du débiteur de cette dette tombe sur le cessionnaire à qui le transport en est fait, ainsi que nous le verrons dans la suite, à moins qu'il ne se soit fait garantir la solvabilité par une clause particulière.

Le transport de simple délégation ne contient point de vente ; c'est une simple indication que je fais à mon créancier, *unde ipsi solvam*, en lui assignant un de mes débiteurs, et lui donnant pouvoir d'exiger de lui, en mon nom, ce qu'il me doit, pour être par lui reçu en déduction de ce que je lui dois.

Par cette délégation je demeure toujours propriétaire de la créance par moi déléguée, jusqu'à ce qu'elle soit éteinte par le paiement ; et par conséquent si mon débiteur devient insolvable, son insolvabilité tombe sur moi ; et mon créancier, qui demeure toujours mon créancier jusqu'à ce qu'il ait reçu, peut se faire payer sur mes autres biens.

552. Cette délégation est une délégation de simple indication, qu'il ne faut pas confondre avec la délégation qui est novation, et qui se fait lorsque, pour me libérer de ce que je vous dois, je vous délègue mon débiteur, qui, pour se libérer de ce qu'il me doit, s'oblige envers vous. Par cette espèce de délégation la dette que le déléguant devait à celui à qui il fait la délégation, et celle que le débiteur délégué devait au déléguant, sont entièrement éteintes, et il s'en contracte à la place une nouvelle de la part du débiteur délégué, envers celui à qui la délégation est faite (1).

Il est évident que cette délégation est toute différente de la délégation de simple indication. Elle est aussi différente du transport-cession ; car, dans le transport-cession, il ne se fait aucune novation ; c'est l'ancienne dette qui était due au cé-

(1) La novation dont parle ici Pothier n'aura lieu qu'autant que le créancier aura non-seulement accepté le délégué, mais encore qu'il aura expressément déchargé le déléguant débiteur primitif ; en un mot il faut que le créancier se soit contenté du nouveau débiteur, le délégué, *fidem ejus secutus fuerit*. *V.* art. 1275, C. civ. (BUGNET).

dant, qui subsiste, et qui de la personne du cédant, est transportée, *non quidem ex juris subtilitate*, *sed juris effectu*, en la personne du cessionnaire.

---

* *C. N.* 1277. } La simple indication faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation.

Il en est de même de la simple indication faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui.

1175. Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins qu'il n'y en ait une réserve expresse.

1175. A creditor who has discharged his debtor by whom delegation has been made, has no remedy against such debtor, if the person delegated become insolvent, unless there is a special reserve of the remedy.

---

* *ff. De novat. et delegat.*, *Liv.* 46, *Tit.* 2, *L.* 30. } 30. Paulus respondit, si creditor à Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut à prima obligatione in universum discederetur, rursum easdem res à posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse. (Paulus).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } 30. Paul a répondu, si un créancier, dans l'intention d'innover, a stipulé de Sempronius, de manière que l'on abandonnât en totalité la première obligation, ce second débiteur ne peut pas obliger, sans le consentement du premier débiteur, les mêmes objets qui assuraient la première convention. (Paul).

Voy. autorités sur art. 1169 et 1173.

[ARTICLE 1176.]

* *C. N.* 1276. } Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.

1176. Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

1176. The privileges and hypothecs which attach to an ancient debt do not pass to the one which is substituted for it, unless the creditor has expressly reserved them.

---

* *ff. Qui potiores in pignore, Liv.* 20, *Tit.* 4, *L.* 12, § 5. } § 5. Papinianus libro undecimo respondit : Si prior creditor posteà novatione facta, eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere : sed si secundus non auferat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantùm pecuniam expensam ferat, non etiam quam posteà credidit; et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat. (MARCIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } § 5. Papinien au livre onze, donne cette décision : Si le premier créancier, changeant sa première obligation en une nouvelle, reçoit pour la sûreté de cette seconde obligation les mêmes gages qu'il avait reçus pour la première, et en outre un nouveau gage, il est alors censé subrogé à lui-même ; mais si le second créancier ne lui offre point de le payer, il pourra vendre le gage, de manière cependant qu'il ne tirera sur le prix que sa première créance, et non la somme qu'il a prêtée depuis ; et il rendra au second créancier ce dont le prix de la chose excédera sa première créance. (MARCIEN).

* *ff. De novat. et deleg., Liv.* 46, *Tit.* 2, *L.* 18. } 18. Novatione legitimè facta, liberantur hypothecæ, et pignus, usuræ non currunt. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } 18. La novation étant faite dans les formes, les hypothèques et les gages sont purgés, et les intérêts ne courent plus. (PAUL).

Voy. autorités sur art. 1169 et 1173.

---

2 *Mourlon, sur art.* 1278 *C. N.* } 1412.—VI. *Des effets de la novation quant aux accessoires de l'ancienne dette.*— L'ancienne dette étant éteinte, tous ses accessoires tombent avec elle : tel est le principe. Cependant les parties peuvent, par une clause *expresse*, détacher de la créance qu'elles éteignent les privilèges ou hypothèques qui en assuraient le paiement, et les rattacher à la créance nouvelle. Mais, bien entendu, les privilèges et les hypothèques réservés pour la sûreté de la nouvelle dette ne peuvent avoir, à l'égard des tiers, des effets plus étendus que ceux qu'ils auraient s'ils adhéraient encore à l'ancienne dette. Si donc l'obligation nouvelle est plus étendue que l'ancienne, les privilèges et hypothèques ne peuvent être réservés que dans la limite de la dette qu'on éteint ; ils n'adhèrent à celle par laquelle on la remplace que jusqu'à concurrence de la somme dont ils garantissaient primitivement le paiement.

---

* *C. N.* 1278. } Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

1177. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et les hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur ; et ils ne peuvent point non plus être réservés sur les biens de l'ancien débiteur sans son consentement.

1177. When novation is effected by the substitution of a new debtor, the original privileges and hypothecs cannot be transferred to the property of the new debtor ; nor can they, without the concurrence of the former debtor, be reserved upon the property of the latter.

Voy. *Digeste*, sur art. 1175 et autorités sur art. 1169 et 1173.

---

* *C. N.* 1279. } Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.

1178. Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens du codébiteur qui contracte la nouvelle dette.

1178. When novation is effected between the creditor and one of joint and several debtors, the privileges and hypothecs which attach to the ancient debt can be reserved only upon the property of the co-debtor who contracts the new debt.

Voy. autorités sur art. 1169 et 1173.

[ARTICLE 1179.]

* *C. N.* 1280. } Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.

1179. Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions.

Néanmoins, si le créancier a stipulé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second cas, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouveau contrat.

1179. Joint and several debtors are discharged by novation effected between the creditor and one of the codebtors.

Novation effected with respect to the principal debtor discharges his sureties.

Nevertheless, if the creditor have stipulated in the first case, for the accession of the codebtors, and in the second, for that of the sureties, the ancient debt subsists if the codebtors or the sureties refuse to accede to the new contract.

---

* *Cod. de fidejussoribus et mandat., Liv.* 8, *Tit.* 41, *L.* 4. } 4. Novatione legitimè perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse non ambiguitur : si modo in sequenti se non obligaverunt.

Propos. 15 calend. octobris, Antonino A. IV. et Balbino Coss. 214. (IMP. ANTONINUS).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } 4. Il est certain que lorsque, par une novation légitimement faite, un autre a été chargé de la dette, les fidéjusseurs ou mandateurs

sont libérés, si toutefois ils ne se sont pas obligés de nouveau par le dernier contrat.

Fait le 15 des calend. d'octobre, sous le quatrième cons. de l'empereur Antonin et le premier de Balbinus. 214. (EMP. ANTONIN).

Voy. autorités sur art. 1169 et 1173.

---

* 4 *Marcadé*, *sur art.* 1281 *C. N.* } 783. Cet article ne présente aucune difficulté. Les deux premiers alinéas se trouvent expliqués par le nº 1 de l'art. 1279. Quant au dernier, il est bien clair que si le créancier n'a consenti la novation que sous la condition que les codébiteurs solidaires ou les cautions accéderaient à la nouvelle dette, et que cette condition ne s'accomplisse pas, il n'y a pas novation, et la première créance subsiste toujours telle qu'elle était : si, au contraire, les codébiteurs ou les cautions viennent accéder à la nouvelle dette, la condition s'accomplit, et la novation se trouve parfaite.

784. Il en serait de même, selon nous, si la novation opérée entre le créancier et un nouveau débiteur, ou l'un des débiteurs solidaires, n'avait été consentie que sous la condition que cet ancien débiteur ou ces codébiteurs consentiraient à la translation, sur la nouvelle créance, des hypothèques existant sur les biens au profit de l'ancienne : si le consentement n'est pas donné, la condition apposée à la novation ne s'accomplissant pas, cette novation sera non avenue ; si ce consentement intervient, la novation s'accomplira.

Il est vrai qu'on pourrait faire à ceci une objection : on pourrait dire que toute condition apposée à une convention rétroagissant au jour même de cette convention, la novation faite sous la condition du consentement à donner pour le maintien des anciennes hypothèques se trouverait, par l'arrivée de ce consentement, avoir été accomplie avant le consen-

tement donné ; or, ajouterait-on, cette novation ayant opéré immédiatement l'extinction de la dette et de ses accessoires, et par conséquent celle des anciennes hypothèques, le consentement postérieurement donné pour le maintien de ces hypothèques serait donc sans effet, puisque ce consentement réaliserait l'*anéantissement* des hypothèques pour la *conservation* desquelles il serait donné... Mais c'est là une subtilité inadmissible. La convention de novation faite dans le cas dont il s'agit se trouve soumise, par la nature même des choses, et par la volonté tacite mais évidente des parties, non-seulement à une condition, mais à un terme en même temps ; le sens de cette convention est que la novation *s'accomplira* LORSQUE le consentement au maintien des anciennes hypothèques sera donné, si ce consentement est donné. Ainsi comprise, la novation ne s'accomplit qu'au moment où intervient le consentement relatif aux hypothèques ; et ce consentement dès lors produit son effet. Et ce ne sont pas seulement les principes de la raison et de l'équité qui demandent cette interprétation de l'acte, c'est aussi cette règle du droit positif qui veut qu'on entende toujours une disposition dans le sens suivant lequel elle doit avoir effet, plutôt que dans le sens où cet effet resterait impossible.

785. Il n'est pas nécessaire, au surplus, pour que la novation soit regardée comme conditionnelle, que le créancier ait employé la conjonction *si*, en déclarant qu'il y aurait novation si tel fait se réalisait ; il suffit, comme le dit notre article, qu'il ait exigé la réalisation de ce fait. Ainsi, quand le créancier déclare accepter l'obligation de Pierre en remplacement de celle de Paul, mais sous la réserve des anciennes hypothèques, ou avec l'accession des anciennes cautions, la novation sera conditionnelle tout aussi bien que si l'on avait dit : "Si les anciennes hypothèques sont maintenues, ou si les anciennes cautions accèdent à la nouvelle dette." C'est à la pensée, non aux mots, qu'il faut s'attacher.

---

2 *Mourlon, sur art.* 1281 *C. N.* 1414.—1° *Le créancier fait novation avec le débiteur principal.*—La *caution* est libérée : car l'obligation du débiteur principal étant éteinte, l'obligation accessoire de la caution tombe nécessairement avec elle.

Cependant le créancier peut mettre pour condition à la novation que la caution accédera à la nouvelle dette, qu'elle en répondra comme elle répond de la première. Si la caution donne son adhésion à cet arrangement, la novation est parfaite : l'ancienne obligation est remplacée par une nouvelle obligation, qui est garantie comme l'était la première. Si elle la refuse, la novation est défaillie : les choses restent dans l'état où elles étaient auparavant.

Ainsi, lorsque le créancier dont la créance est garantie par une caution fait novation avec le débiteur principal, les parties ne peuvent point, *sans le consentement exprès de la caution*, rattacher à la nouvelle créance la sûreté résultant du cautionnement. Cette prohibition, que les rédacteurs du Code ont empruntée à Pothier, me semble peu rationnelle. Si les parties peuvent réserver, pour la garantie de la dette nouvelle, les hypothèques et privilèges de l'ancienne dette, pourquoi leur refuser la faculté de réserver également le cautionnement ? Est-ce que cette réserve nuirait à la caution ? En aucune façon, puisque le cautionnement n'accéderait à la nouvelle dette que dans la limite de la dette ancienne !

1415.—2° *Le créancier fait novation avec l'un des débiteurs solidaires.*—La dette solidaire étant éteinte par la novation, de même qu'elle le serait par un paiement, tous les codébiteurs de celui qui a fait la novation sont, comme lui, libérés.

Toutefois, il est permis au créancier de mettre pour condition à la novation qu'il fait avec l'un de ses débiteurs solidaires, que les autres débiteurs accéderont à la nouvelle dette. S'ils donnent leur adhésion à cet arrangement, la novation existe : chacun des débiteurs est tenu de la nouvelle dette, comme il était tenu de l'ancienne. S'ils la refusent, rien n'est fait : le créancier conserve son ancienne créance.

Ainsi, la solidarité, qui faisait la garantie de l'ancienne

dette, ne peut point être rattachée à la nouvelle dette *sans le consentement des codébiteurs de celui qui s'oblige à nouveau.*

Quant aux hypothèques de l'ancienne dette solidaire, la loi distingue :

Le créancier peut stipuler du débiteur solidaire qui s'oblige à nouveau que les hypothèques qui pèsent sur ses biens garantiront la nouvelle dette.

Il ne peut point réserver celles dont sont grevés les biens des autres débiteurs ; ce qui doit s'entendre en ce sens, que la réserve qu'il en fait avec le débiteur qui s'oblige à nouveau n'est pas valable si ceux des débiteurs auxquels appartiennent les biens hypothéqués ne donnent leur adhésion à cette réserve. Le Code a constamment suivi l'opinion de Pothier. Cela est regrettable, sans doute : car, je le répète quel danger y aurait-il à permettre au créancier qui fait novation avec l'un des débiteurs solidaires de réserver, pour la sûreté de sa nouvelle créance, les garanties qui faisaient la sûreté de l'ancienne, la solidarité et les hypothèques qui pèsent sur les biens de ceux des débiteurs avec lesquels il ne contracte point ? Cette réserve ne leur causerait aucun préjudice, puisqu'elle ne changerait point leur position !

1416.—Ces principes vont nous aider à résoudre la question que nous avons posée sous le nº 1412. Lorsque la novation se fait par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, les hypothèques qui pesaient sur les biens du débiteur que la novation va libérer ne peuvent point être transportées sur les biens du nouveau débiteur. Mais nous avons posé cette question : Le créancier et le tiers qui s'oblige au lieu et place du débiteur peuvent-ils, *sans le consentement de ce dernier*, réserver les hypothèques qui pèsent sur ses biens?

Si j'avais à faire la loi, j'autoriserais cette réserve : car, d'une part, elle ne causerait aucun préjudice à l'ancien débiteur, et, d'autre part, les biens d'nn tiers peuvent être valablement hypothéqués à la dette d'autrui. Mais, si je ne me trompe, le Code la prohibe. Nous l'avons vu, copiant mot pour mot les opinions de Pothier, décider que le *caution-*

nement, la *solidarité* et les *hypothèques* qui pèsent sur les biens de ceux des débiteurs qui ne figurent point dans la nouvelle convention, ne peuvent pas être réservés *sans le consentement exprès des cautions et des codébiteurs solidaires ;* or, Pothier dit positivement que, lorsque la novation a lieu par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, les hypothèques qui pesaient sur les biens du débiteur libéré ne peuvent pas être réservées sans son consentement : la même solution doit donc être donnée sous le Code ! Autrement, il faudrait dire, ce qui serait absurde, que les législateurs ont abandonné la théorie sur une question qui est en tous points semblable à celles qu'ils ont résolues d'après lui. Aucun texte du Code ne nous autorise à croire à une semblable anomalie.

---

* *C. N.* 1281. } Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

La novation opérée à l'égard du débiteur principal, libère les cautions.

Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement.

1180. Le débiteur qui consent à être délégué ne peut opposer au nouveau créancier les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre la personne qui l'a délégué, quand même, au temps de la délégation, il

1180. The debtor consenting to be delegated cannot oppose to his new creditor the exceptions which he might have set up against the party delegating him although at the time of the delegation

aurait ignoré l'existence de ces exceptions.

Cette règle n'a pas lieu, si, au temps de la délégation, il n'est rien dû au nouveau créancier, et elle ne préjudicie pas au recours du débiteur délégué contre le déléguant.

he were ignorant of such exceptions.

The foregoing rule does not apply if at the time of the delegation nothing be due to the new creditor, and is without prejudice to the recourse of the debtor delegated against the party delegating him.

---

* *ff. De novat. et deleg.*, *Llv.* 46, *Tit.* 2, *LL.* 12, 19. } *L.* 12. Si quis delegaverit debitorem qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat : quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit : quia ille suum recepit : sed is qui delegavit, tenetur condictione, vel incerti, si non pecunia soluta esset : vel certi, si soluta esset : et ideo cùm ipse præstiterit pecuniam, aget mandati judicio. (Paulus).

L. 19. Doli exceptio quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est. Idemque est et in cæteris similibus exceptionibus : imo et in ea quæ ex senatusconsulto filiofamilias datur. Nam adversus creditorem cui delegatus est ab eo qui mutuam pecuniam contra senatusconsultum dederat, non utetur exceptione : quia nihil in ea promissione contra senatusconsultum fit : ideoque quod solverit, repetere non potest ; tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. Diversum est in muliere quæ contra senatusconsultum promisit : nam et in secunda promissione intercessio est. Idemque est in minore qui circumscriptus delegatur : quia si etiam nunc minor est, rursum circumvenitur. Diversum, si jam excessit ætatem vigintiquinque annorum : quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem. Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum cre-

ditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facilè scire petitor potest quid inter eum qui delegatus est, et debitorem actum est : aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur : et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris. (PAULUS).

Ibidem.
Trad. de M. Berthelot. } *L.* 12. Si quelqu'un a délégué un débiteur qui savait qu'il pouvait se défendre par l'exception de dol, le délégué ressemble à quelqu'un qui donne, parce qu'il paraît remettre une exception. Mais si par ignorance il promet au nouveau créancier, à la vérité il ne pourra user d'aucune exception contre ce créancier, parce que celui-ci a reçu le sien ; mais celui qui a délégué est soumis à une condiction, ou de chose incertaine, si ce n'est pas de l'argent qu'il a payé, ou de chose certaine s'il a payé de l'argent : et c'est pour cela que, lorsqu'il aura payé de l'argent, il pourra agir en vertu du mandat. (PAUL).

L. 19. L'exception de dol qui pouvait être opposée au déléguant, cesse dans la personne du créancier à qui le débiteur est délégué. C'est la même chose pour toutes les autres exceptions semblables ; et même dans le cas de celle qui est donnée en vertu du sénatus-consulte au fils de famille. Car il ne se servira pas de son exception contre le créancier auquel il a été délégué par celui qui avait, contre le sénatus-consulte, prêté de l'argent au fils de famille ; parce que dans cette promesse, rien ne se fait contre le sénatus-consulte ; et ainsi, ce qu'il aura payé, il ne pourra le redemander, d'autant plus qu'il ne pourrait redemander au prêteur ce qu'il lui aurait payé. Cela est différent à l'égard d'une femme qui a promis contre le senatus-consulte : car, dans la seconde promesse, il y a un cautionnement. De même dans un mineur qui était débiteur par circonvention et que l'on délègue, parce que s'il est encore mineur, il est de nouveau circonvenu. Autre chose est s'il a passé l'âge de vingt-cinq ans, quoiqu'il fût encore dans le temps utile pour se faire restituer contre son premier créancier. On lui refuse d'user de ses exceptions à l'égard du second créancier, parce que dans les contrats et

les conventions privés, le demandeur ne peut pas facilement savoir ce qui s'est passé entre celui qui lui est délégué et son débiteur originaire ; ou même, s'il le sait, il doit le dissimuler, pour ne pas paraître vouloir pénétrer les affaires d'autrui ; et c'est pour cela qu'avec raison on lui refuse l'exception qu'il avait contre le débiteur originaire. (PAULUS).

Voy. autorités sur arts. 1169-1173 et *Pothier*, *Vente*, cité sur art. 1174.

---

* 3 *Maleville*, *sur art.* 1281 *C. N.* } La raison de la troisième partie de l'article, est que la novation n'est alors que conditionnelle.

On a omis dans cette section une décision bien essentielle c'est que le débiteur délégué et consentant à la délégation ne peut pas opposer à son nouveau créancier, l'exception qu'il aurait eue contre son créancier originaire, quand même il l'aurait ignorée, lors de la délégation ; sauf, en ce cas d'ignorance, son recours contre le créancier originaire. L. 12 19, ff. *de novat*, *doli exceptio*, dit cette dernière loi, *quæ poterat deleganti opponi*, *cessat in personâ creditoris cui quis delegatus est*; *idemque est*, *in cœteris similibus exceptionibus .....imo et in macedoniano......aliud in velleiano*, *nàm et in secundà promissione intercessio est*, *et in minore qui circumscriptus delegatur.*

---

2 *Mourlon*, *sur art.* 1277 *C. N.* } 1402.—Il ne faut pas voir non plus une novation dans la simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place. Il n'y a là qu'un simple mandat : le débiteur est resté obligé envers son ancien créancier ; l'objet et la cause de la dette n'ont subi aucune modification.

1403.—Il en est de même de l'indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui. Cette in

dication n'est qu'un mandat : le débiteur reste obligé envers son créancier ; l'objet et la cause de la dette sont les mêmes.

1417.—VII. *De la délégation.*—La délégation est *parfaite* ou *imparfaite.*

1° *Délégation parfaite.*—La délégation parfaite est une convention par laquelle un débiteur obtient sa libération en faisant obliger en son lieu et place une autre personne que le créancier accepte pour débiteur. " Déchargez-moi, vous dis-je, de la dette dont je suis tenu envers vous, et *Paul*, que je vous présente, s'obligera en mon lieu et place." Vous acceptez. Cette espèce de novation s'appelle *délégation parfaite.*

—On appelle *délégant* le débiteur qui présente le tiers qui s'oblige à sa place ; *délégué*, le tiers qui s'oblige au lieu et place du délégant ; *délégataire*, le créancier qui, en échange de l'obligation que le délégué contracte envers lui, décharge le délégant, son ancien débiteur.

—Dans la pratique, le *délégué* est le plus souvent un débiteur du délégant. Deux dettes sont alors éteintes, la dette dont le délégant était tenu envers le délégataire, et celle dont le délégué était tenu envers le délégant. Exemple : Débiteur envers vous de la somme de 1,000 fr., je vous délègue Paul, qui me doit pareille somme. Paul contracte envers vous l'obligation de vous payer la somme que je vous dois : en échange de la créance nouvelle que vous acquérez, vous me déchargez de l'obligation dont j'étais tenu envers vous. De mon côté, je décharge mon débiteur Paul, en échange de de la libération qu'il m'a procurée en s'obligeant à ma place La dette dont j'étais tenu envers vous et celle dont Paul était tenu envers moi se trouvent l'une et l'autre éteinte.

1418.—La délégation est parfaite, ai-je dit, lorsque le créancier qui a accepté un nouveau débiteur a déchargé son ancien débiteur qui lui a présenté. Cette décharge doit-elle être *expresse ?* ne peut-on pas, au contraire, comme dans l'hypothèse d'une novation ordinaire, l'induire des clauses de l'acte ou des circonstances qui l'ont accompagné ? Notre

article, pris à la lettre, exige qu'elle soit *expresse*. Néanmoins, M. Duranton pense qu'elle doit être admise lorsqu'elle résulte clairement des circonstances, lors, en un mot, qu'elle n'est point douteuse. C'était aussi l'opinion de Pothier. Je ne puis pas, pour mon compte, l'accepter : le texte de la loi y est trop formellement contraire.

1419.—Le délégant, qui a été déchargé de l'obligation dont il était tenu envers le délégataire, est-il responsable envers lui de l'insolvabilité du délégué ? La loi distingue : le délégataire n'a aucun recours à exercer contre le délégant lorsque le délégué *devient* insolvable ; il peut en exercer un, au contraire, lorsque le délégué était en faillite ouverte ou en déconfiture au moment de la délégation.

Ainsi, le délégant qui a été déchargé de son obligation n'est point responsable, envers le délégataire, de l'insolvabilité *future* du délégué, à moins qu'il ne se soit, par une clause expresse, chargé de cette garantie. Il répond, au contraire, de plein droit, de la solvabilité *actuelle* du délégué. —Mais, bien entendu, le délégataire n'a droit à garantie qu'autant qu'il ignorait la faillite ou la déconfiture du débiteur qu'il a accepté au lieu et place de son ancien débiteur. Dans le cas contraire, aucune garantie ne lui est due : car, en acceptant pour débiteur une personne dont il connaît l'insolvabilité, il est, par cela même, censé renoncer à tout recours contre le délégant.

1420.—2o *Délégation imparfaite.*—La délégation imparfaite est celle qui ne contient pas de *novation*. Elle a lieu lorsque le créancier, qui accepte le nouveau débiteur qui lui est présenté par son débiteur, ne décharge point ce dernier. Dans la délégation parfaite, le créancier reçoit un nouveau débiteur au lieu et place de l'ancien. Dans la délégation imparfaite, le nouveau débiteur ne prend pas la place de l'ancien : il devient son coobligé.

[ARTICLE 1181.]

SECTION IV.

DE LA REMISE.

1181. La remise d'une obligation peut être faite soit expressément, soit tacitement, par des personnes qui ont la capacité légale d'aliéner.

Elle est faite tacitement lorsque le créancier rend volontairement à son débiteur le titre original de l'obligation, à moins qu'il n'y ait preuve d'une intention contraire.

SECTION IV.

OF RELEASE.

1181. The release of an obligation may be made either expressly or tacitly by persons legally capable of alienating.

It is made tacitly when the creditor voluntarily surrenders to his debtor the original title of the obligation, unless there is proof of a contrary intention.

---

* *ff. De pactis, Liv.* 2, *Tit.* 14, *L.* 2. } 2. Labeo ait, convenire posse, vel re, vel per epistolam, vel per nuntium; inter absentes quoque posse : sed etiam tacitè consensu convenire intelligitur.

§ 1. Et ideo, si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem : profuturamque ei conventionis exceptionem placuit. (Paulus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } 2. Labéon dit qu'on peut faire des conventions par la tradition d'une chose, par lettres, par un courrier ; en sorte qu'elles ont lieu même entre les absents. Il y a des conventions qui se forment par un consentement tacite.

§ 1. De là, si j'ai rendu à mon débiteur son obligation, on présume que je suis convenu de ne lui rien demander ; en sorte qu'il peut se servir contre moi d'une exception tirée de cette convention présumée. (Paul).

[ARTICLE 1181.]

Voy. *Remarques de MM. les Commissaires* sur ce titre, p. 635 du vol. 7.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 608 *et s.* } 608. La remise de la dette peut se faire non-seulement par une convention expresse, mais aussi par une convention tacite qui résulte de certains faits qui la font présumer. (1)

Par exemple, si le créancier a rendu au débiteur son billet, ou le brevet d'obligation, il est présumé lui avoir remis la dette : *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem ;* L. 2, § 1, ff. *de Pact.*

Si le billet était souscrit par plusieurs débiteurs solidaires, et que le créancier l'eût rendu à l'un d'eux, quelques docteurs cités par Bruneman, *ad* L. 2, ff. *de Pact.* ont pensé que la restitution du billet ne devait, en ce cas, faire présumer qu'une décharge personnelle de la dette, que le créancier a bien voulu accorder à celui à qui il a remis le billet. Il me paraît au contraire qu'on doit présumer qu'il a entendu remettre et éteindre entièrement la dette : car, s'il n'eût voulu décharger que l'un des débiteurs, il aurait retenu le billet, qui lui aurait été nécessaire pour faire payer les autres.

609. La possession en laquelle le débiteur se trouve du billet, fait-elle présumer que le créancier le lui a rendu ?

Boiceau, après quelques anciens docteurs, fait une distinction : il dit, que si le débiteur allègue qu'il a payé, la possession en laquelle il est du billet, fait présumer le paiement, et que le billet lui a été rendu comme acquitté, à moins que le créancier ne prouve le contraire : mais s'il allègue que le créancier lui a remis la dette, la possession en laquelle il est du billet, n'est pas, selon lui, suffisante, et il doit prouver que le créancier lui a volontairement remis et rendu son billet ; parce que la remise est une donation qui ne se présume

(1) Car la remise de la dette est une véritable libéralité, dispensée des formes de la donation, mais à laquelle il faut cependant appliquer les règles sur la réduction, les rapports, et sur les incapacités de donner et de recevoir. (BUGNET).

point, suivant cette règle, *Nemo donare facilè præsumitur:* et que d'ailleurs c'est une convention qui doit, suivant l'ordonnance, s'établir par écrit.

Je ne crois pas cette distinction solide, et je pense qu'on doit indistinctement décider que la possession du billet par le débiteur, doit faire présumer qu'il lui a été rendu par le créancier, ou comme acquitté, ou comme remis; à moins que le créancier ne justifie le contraire ; *putà*, que le billet lui a été volé.

En vain dira-t-on que la donation ne se présume pas ; car cela veut dire qu'elle ne se présume pas facilement, et sans qu'il y ait un sujet suffisant pour la présumer. Or, suivant la loi citée, il y a un sujet suffisant de présumer la donation et remise de la dette, lorsque le créancier a remis le billet au débiteur ; et la possession du billet par le débiteur, doit aussi faire présumer que le créancier le lui a rendu, puisque c'est la voie naturelle par laquelle la possession en a pu passer de la personne du créancier en laquelle il était, en celle du débiteur. L'argument tiré de l'ordonnance, qui veut que les conventions dont l'objet excède cent livres, se prouvent par écrit, n'est pas meilleur. L'ordonnance n'a voulu exclure par là que la preuve testimoniale, et non pas les présomptions résultant des faits avoués par les parties.

La distinction de Boiceau sur la qualité de la personne du débiteur, est plus plausible. Si le débiteur était le facteur du créancier, ou autre domestique à portée de se saisir du billet, la possession en laquelle il serait du billet, pourrait n'être pas une présomption suffisante, ni de la remise, ni même du paiement de la dette.—*Idem* si c'était un voisin chez lequel le créancier eût porté ses effets, dans le cas d'un incendie.

Ce qui est décidé à l'égard d'un billet ou d'un brevet d'obligation, ne doit pas s'étendre à la grosse d'un contrat de constitution, ou d'une obligation dont il y a une minute. Quoique cette grosse se trouve entre les mains du débiteur, il n'en résulte pas une présomption suffisante du paiement ou de la remise de la dette, à moins que d'autres circonstances ne

concourent : car la minute qui demeure chez le notaire, et qui n'est pas quittancée, réclame en faveur du créancier à qui la grosse a pu être volée, ou qui, se fiant à la minute, a pu s'en dessaisir, et la confier au débiteur.

610. La restitution que le créancier a faite au débiteur, des choses qu'il lui avait données en nantissement de sa dette, ne fait pas non plus présumer la remise ni le paiement de la dette (L. 3, ff. *de Pact.*) ; car il a pu en cela n'avoir d'autre intention que de lui remettre le nantissement, et non de lui remettre la dette.

611. Un créancier est présumé avoir remis la solidarité à des débiteurs solidaires, lorsqu'il les a admis à payer seulement leur part ; *V. suprà*, n°s 277 et suiv.

612. Lorsqu'après un contrat synallagmatique fait entre nous, avant qu'il ait été exécuté ni de part ni d'autre, il intervient entre nous une nouvelle convention, par laquelle il est dit "que je vous décharge de ce contrat," vous êtes censé pareillement m'avoir déchargé tacitement de l'obligation réciproque que j'avais contractée envers vous. Par exemple, si, après que vous m'avez vendu une chose, nous convenons que je vous décharge de la vente que vous m'avez faite, vous êtes censé m'avoir pareillement déchargé de mon achat ; L. 23, ff. *de Accept.*

613. Le défaut de réserve d'une dette, dans la quittance que le créancier donne d'une autre dette, ne forme point de présomption de la remise de la dette dont il n'a point fait de réserve ; L. 20, ff. *de Oblig. et act.*

Pareillement, si, dans un compte entre deux parties qui étaient en relation de commerce, l'une d'elles n'a pas compris un article de créance qu'elle avait contre l'autre, il n'en résulte aucune présomption de la remise de cette créance. On présumera au contraire que c'est une omission faite par oubli, qui n'empêchera point le créancier d'exiger sa dette, nonobstant le compte dans lequel elle n'a point été comprise.

Néanmoins, il peut résulter une présomption de la remise

de la dette non employée dans les comptes, lorsque trois circonstances concourent :

1° Lorsque le créancier et le débiteur étaient unis par les liens du sang, ou d'une amitié très étroite ;

2° Lorsqu'il ne s'est pas fait pour un seul compte entre les parties, mais plusieurs, dans aucun desquels la dette n'a été employée ;

3° Enfin, lorsque le créancier est mort sans l'avoir demandée.

Du concours de ces trois circonstances, Papinien fait résulter une présomption suffisante de la remise de la dette (1). C'est la décision de la célèbre loi *Procula*, 26, § *de Probat.*

614. Nous avons vu que la remise d'une dette peut se faire valablement par une convention expresse ou tacite entre le créancier et le débiteur : quelques auteurs pensent qu'elle peut se faire par la seule volonté du créancier, qui déclarerait qu'il fait la remise, pourvu qu'il soit capable de disposer de ses biens. C'est le sentiment de Barbeyrac en ses notes sur Pufendorf.

Sa raison est, que toute personne qui a la disposition de ses biens, peut, par sa seule volonté, répudier les droits qui lui appartiennent, et qu'elle les perd en les répudiant. Paul, en la loi 2, § 1, ff. *Pro. Derel.*, décide expressément que nous pouvons par notre seule volonté répudier et perdre le droit de domaine d'une chose corporelle qui nous appartient. Par la même raison, nous pouvons, par notre seule volonté, répudier le droit de créance que nous avons contre notre débiteur : et comme il ne peut y avoir de dette sans un droit de créance au profit de celui envers qui elle est contractée, la répudiation et l'abandon que le créancier fait de son droit de créance entraîne nécessairement l'extinction de la dette.

Suivant ces principes, si un créancier d'Orléans a écrit à son débiteur de Marseille une lettre, par laquelle il lui marque qu'il lui fait remise de sa dette ; quoique le débiteur soit

(1) Ce ne serait plus aujourd'hui qu'une présomption abandonnée aux lumières et à la prudence du magistrat. (BUGNET).

mort depuis la lettre écrite, mais avant qu'elle lui soit parvenue, et qu'ainsi on ne puisse dire qu'il soit intervenu aucune convention entre le créancier et lui ; néanmoins, suivant les principes de Barbeyrac, il faudra décider que la dette est éteinte, et que le créancier qui a par cette lettre déclaré sa volonté de répudier sa créance, n'est pas recevable à la demander aux héritiers du débiteur.

Je ne crois pas que ce sentiment de Barbeyrac puisse être suivi dans la pratique.

Je conviendrai volontiers avec lui, qu'en supposant un cas métaphysique, un créancier qui aurait une volonté absolue d'abdiquer son droit de créance, pourrait par sa seule volonté l'éteindre : mais lorsqu'un créancier déclare qu'il fait remise à son débiteur de sa dette, ce n'est pas cette volonté absolue d'abdiquer sa créance qu'on doit supposer en lui, mais plutôt la volonté d'en faire don à son débiteur.

Or, comme tout don exige une acceptation du donataire, on doit penser que ce créancier n'a entendu vouloir abdiquer son droit que lorsque la remise et le don qu'il entend faire à son débiteur, auraient reçu leur perfection par l'acceptation de ce débiteur (1).

C'est pourquoi, dans l'espèce proposée, je pense qu'on doit décider, contre le principe de Barbeyrac, que la remise d'une dette portée par une lettre, ne doit avoir aucun effet, si le débiteur à qui on faisait la remise est mort avant que la lettre lui soit parvenue.

Quand même le principe de Barbeyrac devrait être suivi, ce ne pourrait être que lorsque la remise est pure et simple. Lorsqu'elle est faite sous certaines conditions, il est évident qu'elle ne peut avoir d'effet avant que le débiteur ait accepté les conditions.

615. La remise d'une dette peut se faire pour le total ou pour partie.

(1) Il est plus raisonnable d'interpréter la volonté du créancier comme une offre qu'il peut même révoquer jusqu'à l'acceptation du débiteur. (Bugnet).

Les lois romaines exceptaient, à l'égard de l'acceptilation, le cas auquel la chose due n'était pas susceptible de parties.

Par exemple, si je m'étais obligé envers vous d'imposer sur mon héritage un certain droit de servitude pour l'utilité du vôtre, l'acceptilation de cette dette ne pouvait se faire par partie ; L. 13, § 1, ff. *de Acceptil.*

Mais parmi nous rien n'empêche qu'une pareille dette ne puisse être remise pour partie, *putà*, pour la moitié, le tiers, etc. ; et l'effet de cette remise sera que vous ne pourrez exiger de moi ce droit de servidude qu'en me faisant raison de la moitié du prix, ou du tiers.

619. Il n'y a que le créancier, lorsqu'il a le pouvoir de disposer de ses biens, qui puisse remettre la dette, ou une personne fondée de son pouvoir spécial pour faire cette remise.

Un procureur général de toutes les affaires, un tuteur, un curateur, un administrateur, n'ont pas ce droit ; (L. 37, ff. *de Pact.;* L. 22, ff. *de Adm. tut. et passim*) ; car toutes ces personnes n'ont pouvoir et qualité que pour administrer, et non pas pour donner : or la remise est une donation.

Il faut excepter la remise qui se fait de partie de la dette à un débiteur en cas de faillite. Comme elle ne se fait pas tant *animo donandi*, que dans l'intention de s'assurer par ce moyen le paiement du surplus de la dette, et de ne pas tout perdre; cette remise peut passer pour un acte d'administration dont ces personnes sont capables.

Les tuteurs et autres administrateurs peuvent faire remise d'une partie des profits, même après le marché conclu, et dans les cas des mutations nécessaires, pourvu qu'elles ne soient pas excessives, et qu'elles soient conformes à celles que les seigneurs sont dans l'usage de faire ;

Car, quoiqu'on ne puisse disconvenir que de telles remises soient de vraies donations, *liberalitas nullo jure cogente facta*, néanmoins l'usage a fait de ces remises, non pas à la vérité une obligation, mais une espèce de devoir de bienséance : or les donations qui sont de bienséance ne sont pas interdites

aux tuteurs et autres administrateurs ; *Arg.* L. 12, § 3, ff. *de Adm. tut.*

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers solidaires, *correi credendi*, l'un d'eux peut sans les autres faire remise de la dette ; et cette remise décharge le débiteur envers tous les créanciers, de même que le paiement réel qui lui aurait été fait, l'aurait déchargé envers tous ; L. 13, § 12, ff. *de Accept.*

847. La présomption du paiement ou de la remise des profits, qui résulte de la réception en foi, faite sans réserve, est une autre espèce de présomption de droit.

---

18 *Laurent*, *n°* 350 *et s.* } 350. L'article 1282 dit que la remise du titre original sous seing privé par le créancier au débiteur fait preuve de la *libération.* Que faut-il entendre par *libération ?* Est-ce la libération par l'effet d'une libéralité présumée ? ou la loi présume-t-elle que le débiteur est libéré par le payement ? On ne le sait ; l'article 1282 ne s'explique pas sur ce point. L'article 1283 paraît plus explicite ; il porte que la remise de la grosse du titre fait présumer la *remise de la dette* ou *le payement.* Comme l'expression *remise de la dette* est opposée au mot *payement*, elle doit signifier la remise gratuite ; tel est d'ailleurs le sens ordinaire du mot *remise* Que dit donc l'article 1283 ? Que la tradition de la grosse fait présumer, soit la remise gratuite de la dette, soit le payement. C'est dire d'une manière explicite ce que l'article 1283 dit implicitement ; car la *libération* dont parle cet article s'entend de la libération gratuite et de la libération onéreuse. Quelle est, en définitive, la libération qui est présumée dans les articles 1282 et 1283 ? est-ce le payement ? est-ce la remise gratuite ?

On comprend l'intérêt de la question. La remise gratuite est une libéralité ; or, les donations, sont régies par de tout autres principes que le payement. Il y a des créanciers qui peuvent recevoir un payement et qui ne peuvent pas faire remise de la dette : telle est la femme mariée sous le régime

de séparation de biens. Elle remet le titre de sa créance au débiteur : que devra-t-on présumer? Si l'on présume le payement, le débiteur sera valablement libéré. Si l'on présume la remise, la libération sera nulle, la femme, quoique séparée de biens, n'ayant pas le droit de faire une libéralité. En supposant même que la libération est valable, soit comme payement, soit comme libéralité, il importe encore de savoir à quel titre elle a été faite : est ce à titre gratuit, la libéralité sera rapportable, réductible, révocable ponr ingratitude ou survenance d'enfant, tandis que tous ces effets sont étrangers au payement. Par contre, s'il y a payement, le débiteur aura un recours contre ses codébiteurs, recours qu'il n'aura pas s'il a reçu une libéralité.

351. A notre avis, la loi ne présume ni le payement ni la remise gratuite ; elle présume la libération, comme le dit l'article 1282, c'est-à-dire que si le créancier agit contre le débiteur, celui-ci repoussera la demande par une fin de non-recevoir, en invoquant la présomption de libération. Quant à la question de savoir à quel titre il est libéré, elle n'est pas décidée par la loi, donc elle reste sous l'empire du droit commun. C'est à celui qui soutiendra qu'il y a payement à le prouver d'après les règles qui régissent la preuve. De même celui qui prétend que le créancier a fait une libéralité à son débiteur en devra également administrer la preuve. Peuvent-ils se prévaloir d'une présomption, ou peut-on leur opposer une présomption ? Il n'y a pas de présomption légale sans loi ; et où est la loi qui présume soit le payement, soit la libéralité ? L'article 1282 parle de la libération en termes généraux ; tout ce qui en résulte, c'est que le débiteur peut opposer au créancier une présomption de libération. L'article 1283 dit que la remise de la grosse fait présumer soit le payement, soit une libéralité, mais il ne dit pas si c'est le payement que la loi présume ou si c'est la libéralité. Puisqu'il n'y a pas de présomption, on appliquera les principes généraux qui régissent la preuve.

352. Les auteurs sont divisés. La plupart disent que l'on

doit présumer le payement. Il y a doute, dit-on, sur le sens de la remise et sur le sens que la loi y attache ; or, dans le doute, il faut interpréter la loi et la convention en faveur du débiteur Et l'intérêt du débiteur est que l'on présume le payement plutôt que la libéralité ; car la libéralité pourrait être attaquée, tandis que le payement ne peut pas l'être par ceux qui ont capacité de recevoir ; et le payement lui assurera un recours qu'il n'aurait pas en cas de libéralité. Telle est d'ailleurs la réalité des choses. Quand est-ce que le créancier remet son titre au débiteur ? Lorsqu'il reçoit le payement de ce qui lui est dû ; la donation est une rare exception. Nous opposons à cette opinion un argument qui est décisif, c'est le texte ; si le législateur avait entendu établir une présomption de payement, il l'aurait dit ; tout étant de rigueur en matière de présomptions, il faut s'en tenir à la loi ; or, la loi ne dit pas que la remise du titre original sous seing privé fait preuve du payement, elle dit que cette remise fait preuve de la *libération*. Ce terme général comprend les deux modes de libération, le payement et la remise ; donc on ne peut pas dire que la loi présume l'un plutôt que l'autre. L'article 1283 est également contraire à l'opinion que nous combattons : la tradition de la grosse fait présumer la remise *ou* le payement, donc le payement n'est pas présumé d'une manière absolue.

353. D'autres auteurs enseignent que l'alternative établie par l'article 1283 donne le choix à celui qui invoque la présomption : il peut soutenir, suivant son intérêt, que c'est le payement qui est présumé ou que c'est la remise. Sans doute il peut le soutenir, mais en prouvant son allégation, car la loi ne présume pas que le débiteur est libéré par le payement, et elle ne présume pas qu'il est libéré par une remise gratuite ; et on ne conçoit pas une présomption abandonnée au choix de celui qui l'invoque, ce ne serait plus une présomption légale, ce serait une présomption de l'homme qui aurait la force d'une présomption légale, ce qui est contradictoire. D'ailleurs la loi n'établit pas une alternative avec choix pour celui qui se prévaut de la présomption ; elle dit seulement

que la remise de la grosse peut signifier deux choses, ou un payement ou une libéralité, et précisément parce que la signification est complexe et partant douteuse, la loi ne pouvait présumer ni un payement ni une libéralité.

On cite comme exemple le cas où l'un des créanciers solidaires aurait remis au débiteur le titre de la créance. Il ne peut pas faire de remise gratuite (art. 1198), mais il peut recevoir le payement de la créance solidaire ; le débiteur à qui l'un des créanciers a remis le titre pourrait invoquer la présomption de libération, en ce sens qu'il est présumé avoir payé et que, par suite, la dette est éteinte à l'égard des autres créanciers. L'exemple prouve contre la doctrine, parce qu'il en prouve le danger. Un créancier solidaire insolvable remet au débiteur l'écrit sous seing privé qui constate la créance. Ce débiteur sera censé libéré par le payement. Les cocréanciers auront, à la vérité, un recours contre celui qui a fait cette remise, mais ce recours sera inefficace. Dans notre opinion, il n'y a aucune présomption, le débiteur qui prétendra être libéré par un payement devra prouver que la remise du titre lui a été faite après un payement, sauf aux créanciers solidaires à prouver qu'il y a remise gratuite.

254. Les auteurs qui admettent que le débiteur peut soutenir, suivant son intérêt, qu'il y a payement ou remise gratuite ajoutent une restriction. Si la présomption de payement avait pour résultat de couvrir une fraude à la loi, le créancier serait admis à prouver qu'il a remis le titre, non à la suite d'un payement, mais par libéralité. Ainsi le créancier demande la révocation d'une donation, faite sous forme de remise de dette, pour cause de survenance d'enfant ; le débiteur lui oppose la délivrance qu'il lui a faite du titre comme prouvant le payement. Le créancier sera admis à prouver qu'il a fait une libéralité. Il nous semble que l'exception ne se justifie pas plus que la règle. S'il y avait réellement présomption de payement, la preuve contraire ne serait pas admise, au moins dans le cas de l'article 1282, comme nous le dirons plus loin. Vainement objecterait-on que la fraude fait

toujours exception. Il n'y a pas de fraude, dans l'espèce ; le créancier avait le droit de faire une libéralité sous forme de remise de la dette ; de son côté, le débiteur aurait le droit d'invoquer la présomption de payement, si réellement la loi l'établissait. La loi a donc eu raison de ne pas l'établir, car, en l'établissant, elle aurait entravé l'exercice du droit qu'elle-même établit, la révocation de la donation pour survenance d'enfant.

On admet la même exception lorsque la remise du titre a été faite par une personne capable de recevoir un payement, mais incapable de disposer à titre gratuit, ou à une personne incapable de recevoir une libéralité. Cette exception encore témoigne contre la règle. N'est-il pas plus simple de ne pas établir une présomption de payement qui pourrait si facilement couvrir une fraude à la loi, en ce sens qu'elle permettrait à un incapable de donner ou de recevoir à titre gratuit ? Par la même raison, on écarte la présomption de payement lorsqu'un tiers, tel qu'un réservataire, agit en réduction, ou lorsqu'un créancier intente l'action paulienne; la remise gratuite porterait, en ce cas, atteinte aux droits d'un tiers ; nous en concluons qu'il eût été peu raisonnable d'établir une présomption de payement qui compromettait tant de droits et tant d'intérêts. Certes il est plus juridique de maintenir le droit commun qui régit la preuve.

Enfin l'on admet que la présomption de payement ou de remise ne peut être opposée que par le débiteur au créancier. Il n'en est plus de même si le débiteur qui est en possession du titre prétend exercer un recours contre un codébiteur comme ayant payé la dette, ou si la caution agit contre le débiteur principal. Ils doivent prouver, dans ce cas, qu'ils ont réellement payé la dette, car leur action est fondée sur le payement. Ne pourraient-ils pas répondre, dans le système que nous combattons, que la présomption de payement ou de remise étant absolue, toute partie intéressée peut s'en prévaloir ? Les distinctions, comme les exceptions que l'on est

obligé de faire, prouvent que l'on dépasse la loi et que l'on fait une loi nouvelle.

375. La remise tacite qui résulte des articles 1282 et 1283 est réelle de son essence, elle ne saurait être personnelle. Quand le créancier remet son titre au débiteur ou à un coobligé, il est dans l'impossibilité absolue d'agir, en ce sens qu'il n'a plus de preuve littérale de sa créance. Se mettre dans l'impossibilité d'agir, c'est manifester la volonté de ne pas agir et de n'agir contre personne, puisqu'on n'a plus de preuve contre personne. Donc la remise de la dette est absolue ou réelle. On ne conçoit même pas qu'elle soit personnelle. Elle ne pourrait être personnelle qu'en vertu d'une réserve, c'est-à-dire d'une volonté expresse, et une manifestation de volonté expresse exclut la remise tacite.

376. Le code consacre une conséquence de ce principe dans l'article 1284. " La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires a le même effet au profit de ses codébiteurs." En remettant son titre à l'un des débiteurs solidaires, le créancier se trouve dans l'impossibilité de poursuivre non-seulement le débiteur à qui il a fait cette remise, mais tous ses codébiteurs ; puisque par sa volonté il se désarme à l'égard de tous, sa volonté doit être de les libérer tous. Voilà ce que l'on peut dire pour justifier la décision de la loi. Ne faut-il pas ajouter une condition ? La remise tacite est une convention aussi bien que la remise expresse, au moins quand elle constitue une libéralité, et toute convention exige un concours de consentement. Le débiteur doit accepter l'offre de libération que lui fait le créancier : cette acceptation, de même que l'offre, peut être tacite.

Le débiteur conjoint mais non solidaire pourrait-il invoquer le bénéfice de l'article 1284 ? On admet l'affirmative parce qu'il y a même raison de décider. Si les codébiteurs solidaires sont libérés, ce n'est pas parce qu'ils sont solidaires, c'est parce que le créancier s'est mis dans l'impossibilité de

les poursuivre ; or, cette même impossibilité existe quand les débiteurs sont simplement conjoints.

377. Par la même raison, les cautions sont libérées quand le créancier remet son titre au débiteur principal. La remise conventionnelle, c'est-à-dire expresse, est réelle à l'égard de la caution ; à plus forte raison, la remise tacite doit-elle être réelle.

Quand la remise du titre a été faite à la caution, le débiteur principal est libéré. Nous avons dit que la remise expresse faite à la caution pouvait être réelle si telle était la volonté du créancier. Dans l'espèce, telle est nécessairement sa volonté, puisque volontairement il se met dans l'impossibilité de poursuivre le débiteur principal, en remettant son titre à la caution. Si son intention était de libérer seulement la caution, il ferait une décharge expresse ; en faisant une remise tacite, tous les obligés en doivent profiter, parce que tous sont à l'abri des poursuites du créancier, en ce sens qu'il s'est dépouillé de son titre à l'égard de tous. Toutefois, à notre avis, il faudrait l'acceptation du débiteur (nº 376).

378. Le codébiteur ou la caution à qui remise du titre a été faite a-t-il un recours contre les codébiteurs ou le débiteur principal ? Ici reparaît la difficulté que nous avons examinée plus haut (nºˢ 350, suiv.). La remise du titre fait présumer la libération : est-ce la libération en suite d'un payement, ou est-ce la libération gratuite ? Dans le dernier cas, il ne peut pas s'agir d'un recours, tandis que le recours est de droit quand le codébiteur et la caution ont payé. Que faut-il présumer ? Le payement ou la libéralité ? A notre avis, ni l'un ni l'autre. C'est à celui qui prétend qu'il a un recours en vertu d'un payement à en faire la preuve, parce que la loi n'établit pas de présomption en sa faveur. Sur ce point, tout le monde est d'accord.

---

2 *Mourlon*, *nº* 1421 à 1431. } 1421.—I. *Généralités.*—La *remise de la dette*, dans un sens très-général, est l'abandon que le créancier fait de sa créance. Cette renoncia-

tion peut être faite à titre onéreux ou à titre gratuit. Lorsqu'elle est *à titre onéreux*, je veux dire lorsque le créancier reçoit un équivalent pécuniaire en échange de l'abandon de sa créance, l'opération est alors un *paiement*, si le créancier reçoit la chose même qui lui est due ; une *datio in solutum*, s'il reçoit la propriété d'une chose autre que celle qui lui est due ; une *novation*, s'il reçoit le bénéfice d'une autre obligation (Voy. le n° 1338) Lorsqu'elle est *à titre gratuit*, elle con serve le nom de *remise de la dette.*

La remise de la dette dont il est ici question est donc l'abandon que le créancier fait de sa créance, sans recevoir aucun équivalent pécuniaire en échange de l'avantage qu'il procure au débiteur.

Ainsi, la remise de la dette est une véritable *libéralité*. Quelle différence, en effet, y a-t-il entre un débiteur qui, après avoir payé sa dette, reçoit immédiatement et gratuitement de son créancier la somme qu'il lui a payée, et le débiteur qui, sans bourse délier, obtient de son créancier sa libération ?

1422.—Du principe que la remise de la dette est, *quant au fond*, une véritable *libéralité*, il résulte :

1° Qu'elle ne peut être faite par une personne incapable de disposer à titre gratuit, fût-elle d'ailleurs capable de recevoir le paiement de sa créance et d'en donner bonne et valable quittance.

Ainsi, la femme séparée de biens peut recevoir le paiement de ses créances (art. 1449 et 1536), et cependant elle ne peut point, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, en faire la remise à ses débiteurs (art. 905).

2° Qu'elle ne vaut pas lorsqu'elle est faite à un débiteur qui est incapable de recevoir à titre gratuit du créancier. Ainsi, par exemple, est nulle la remise qui est faite par un créancier, pendant la maladie dont il est mort, à son débiteur qui, pendant cette maladie, l'a soigné en qualité de médecin (art. 909).

3° Qu'elle est *rapportable*, si le débiteur qui l'a reçue succède à son ancien créancier.

4° *Réductible*, si elle excède la quotité disponible.

5° *Révocable* pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant (art. 955-960).

1423.—Toutefois, bien qu'elle soit une libéralité quant *au fond*, elle n'est cependant pas soumise aux *formes* des donations ordinaires : c'est une des libérations qui, par exception, s'effectuent *solo consensu* (voy. le n° 678-1°). Elle peut être faite soit expressément, soit tacitement. Ainsi, elle peut être prouvée par les voies ordinaires, c'est-à-dire par acte authentique ou sous seing privé, par l'aveu et le serment, au moyen des présomptions de la loi, et même par témoins ou par des présomptions de l'homme, dans les cas où ces deux genres de preuves sont admissibles (art. 1341, 1347, 1348, 1353.)

1424.— Il ne suffit point, pour qu'il y ait remise de la dette, que le créancier ait manifesté la volonté de renoncer à sa créance. Cette renonciation, tant qu'elle n'est pas acceptée par le débiteur, constitue, non pas une libéralité, mais une simple offre de libéralité. Le créancier n'est point lié ; et, s'il retire son offre avant qu'elle ait été acceptée, rien n'est fait (voy., par analogie, les articles 932, 1211, 1261, 1364). Allons plus loin ! Si le débiteur meurt avant de l'avoir acceptée, elle devient caduque : car celui à qui elle a été faite, et qui seul avait qualité pour l'accepter, n'en a point transmis le bénéfice à ses héritiers (art. 932 ; voy. aussi le n° 1027.) Ainsi, la remise de la dette, offerte par une lettre, n'a et ne peut avoir aucun effet, si le débiteur à qui la lettre était adressée est mort avant qu'elle lui soit parvenue.

—L'acceptation suffit-elle ? ne faut-il pas encore qu'elle soit *connue* du créancier ? En d'autres termes, la remise de la dette a-t-elle effet à partir du jour où le débiteur a déclaré accepter l'offre qui lui était faite, ou seulement du jour où le créancier a eu *connaissance de l'acceptation ?*

La question est fort importante. Si on la résout dans le premier sens, il faudra, pour apprécier la capacité du créan-

cier, se placer au moment de l'acceptation : les événements ultérieurs ne devront pas être considérés. Si, au contraire, on la résout dans le sens opposé, la remise n'aura effet qu'autant que le créancier sera capable de disposer au moment où l'acceptation de l'offre qu'il a faite lui sera parvenue.

Il faut, je crois, décider que la remise est consommée dès que le débiteur l'a acceptée. Dès cet instant, en effet, le concours des volontés existe, et cela suffit : car la loi n'exige rien de plus. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 932 la donation ordinaire n'est parfaite qu'à partir du moment où le donateur a été averti de l'acceptation de l'offre qu'il a faite ; mais c'est là une règle exceptionnelle et rigoureuse, qui s'explique par le peu de faveur que la loi accorde aux donations, et qui par conséquent, ne doit pas être étendue aux conventions qui, comme les remises de dette, sont vues d'un très-bon œil par le législateur (voy. le nº 678-1º). Ainsi, vous m'écrivez pour m'offrir la remise d'une dette dont je suis tenu envers vous ; je m'empresse de vous répondre que j'accepte, mais vous mourez avant que ma réponse vous soit parvenue : la remise est valable.

1425.—II. *Quels faits ou circonstances font présumer la remise ?*—La remise d'une dette peut être *expresse* ou *tacite.* Elle est *tacite* lorsqu'elle résulte de certains faits qui la font présumer.

Quels sont ces faits ? La loi n'en cite qu'un seul : *la remise que le créancier fait à son débiteur du titre qui constate sa créance.*

Nous trouvons là un cas de *présomption* légale, c'est-à-dire une conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu (article 1349).

Fixons-nous bien sur la nature de cette présomption.

Le créancier a-t-il ou non fait remise de la dette au débiteur ? c'est le fait inconnu. Le débiteur prouve que le créancier lui a fait *l'abandon du titre qui constate sa créance ;* c'est le fait connu. De ce fait connu, *l'abandon du titre*, la loi tire la conséquence que le créancier a abandonné *sa créance.*

Rien, au reste, n'est plus naturel que cette conséquence. Il

n'est pas, en effet, dans les habitudes des créanciers qui entendent conserver leur droit, d'abandonner le titre qui le constate. Cette hypothèse est possible : mais elle est si invraisemblable que la loi a dû nécessairement la rejeter.

Maintenant, notre présomption est-elle invincible ? La preuve contraire est-elle admissible contre elle ? Le créancier peut-il être admis à la combattre en établissant que, bien qu'il ait abandonné son titre, il n'a pas eu cependant l'intention de renoncer à sa créance ? La loi distingue : Si l'acte qui constatait la créance, et que le créancier a abandonné, est un acte *sous seing privé*, la présomption légale attachée à ce fait est invincible (art. 1282 et 1283 comparés ; voy. aussi l'art. 1352). Si l'acte abandonné n'est que la *grosse d'un acte notarié*, la preuve contraire est admissible (art. 1283).

On explique ainsi cette différence : le créancier qui abandonne l'acte sous seing privé dont il était nanti n'a plus aucune preuve écrite de son droit, tandis que celui qui fait l'abandon d'une grosse conserve encore un titre, puisque la minute, dont il peut exiger une nouvelle expédition, est restée chez le notaire qui l'a reçue. La présomption est donc, dans le premier cas, beaucoup plus forte que dans le second.

1426.—Mais comment le débiteur prouvera-t-il que le créancier lui a fait *remise du titre*, qu'il lui en a fait *l'abandon ?* Peut-il faire cette preuve par la possession même du titre ? Il raisonne ainsi : " Je possède le titre : donc vous me l'avez abandonné. " Le créancier répond : " Le titre est entre vos mains, cela est vrai ; mais cette possession du titre ne prouve pas que vous le tenez de moi, que je vous l'ai abandonné ; vous l'avez trouvé peut-être ; peut-être me l'avez-vous volé." Ou encore : " Je l'ai déposé entre vos mains, parce que vous me l'avez demandé pour l'étudier ; mais je ne vous l'ai pas abandonné."

Qui croire ? Le débiteur : à moins que le créancier ne prouve, et il pourra le faire par toute espèce de preuve, la vérité du fait qu'il allègue.—Je démontre ma proposition :

En établissant la présomption qu'elle attache au fait de

l'abandon du titre qui constate la créance, la loi a eu évidemment pour but de dispenser les parties de la nécessité de dresser un écrit pour prouver la remise de la *dette*. S'il en était autrement, cette présomption n'aurait plus aucune utilité : car, si la preuve de l'abandon *du titre* ne pouvait être faite que par écrit, les parties ne manqueraient jamais, en dressant l'écrit, d'y relater la mention expresse de la remise *de la dette elle-même*.

Ainsi, l'abandon du *titre* peut être prouvé autrement que par écrit.

Lorsqu'un fait peut être prouvé autrement que par écrit, il peut l'être par témoins. Lorsqu'il peut l'être par témoins, il peut l'être par de simples présomptions de l'homme (art. 1353). Or, la possession du titre par le débiteur doit naturellement en faire présumer l'abandon par le créancier. En quelle qualité présumerait-on qu'il le détient ? Dira-t-on qu'il l'a volé ? qu'il l'a trouvé ? que le créancier le lui a confié pour qu'il l'étudie ? mais ces faits, le vol, la perte du titre, ou le dépôt que le créancier en a fait entre les mains du débiteur, sont des faits exceptionnels, extrêmement rares, qui ne doivent pas être présumés.

Le débiteur peut donc dire : " La preuve que vous m'avez fait remise de la *dette*, c'est que vous m'avez remis le *titre* qui la constatait ; la preuve que vous m'avez remis le titre, c'est que je le détiens, qu'il est en ma possession."

En d'autres termes, l'abandon du *titre* fait présumer l'abandon de la *créance;* la possession du *titre* par le débiteur en fait présumer l'abandon par le créancier. C'est une présomption qui est prouvée par une autre.

1427.—Mais notons une différence essentielle entre ces deux présomptions. Celle que nous attachons à la possession du titre par le débiteur n'est pas une présomption *légale*, obligatoire pour le juge : c'est une pure présomption de l'homme qui est abandonnée à l'appréciation des juges, et que le créancier peut combattre par toute espèce de preuves (art. 1353.) La présomption attachée à l'abandon du titre est, au con-

traire, une présomption *légale* que le juge est obligé d'admettre tant qu'elle n'est pas détruite par une autre preuve. Bien plus, aucune preuve contraire n'est admissible quand le titre abandonné est un acte sous seing privé (voy. le nº 1425).

1428.—En résumé, la remise du *titre* fait présumer la remise de la *dette ;* ce fait, l'abandon du *titre*, peut être prouvé, quelle que soit l'importance de la dette, par témoins, et même par de simples présomptions, parmi lesquelles nous plaçons la possession du titre par le débiteur.

1429.— Reste une difficulté. A quel titre le débiteur est-il présumé libéré ? L'abandon de l'écrit fait-il présumer un *paiement* ou une remise de dette *à titre gratuit* ?—L'intérêt de cette question est manifeste.

Y a-t-il présomption de *paiement :* le paiement est valable, lors même qu'il est fait soit par une personne incapable de disposer à titre gratuit, pourvu qu'elle soit capable de disposer à titre onéreux, soit à une personne incapable de recevoir à titre gratuit, pourvu qu'elle soit capable de recevoir à titre onéreux. Enfin, il n'est sujet ni à *rapport*, ni à *réduction*, ni à *révocation* pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant.—Y a-t-il présomption de *libéralité :* nous avons les résultats opposés.

En outre, si c'est un *paiement*, le débiteur à qui le titre a été abandonné peut exercer son recours contre ses codébiteurs solidaires, s'il y en a, ou contre le débiteur principal.— Si c'est une *remise de dette*, il n'a aucun recours à exercer.

Résolvant la question, je soutiens que l'abandon du titre fait présumer la remise de la dette *ou* le paiement, au choix du débiteur. Que dit, en effet, l'art. 1283 ? Que la remise de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette *ou* le paiement ! Aux termes de l'art. 1282, la remise de l'acte sous seing privé prouve " la *libération* du débiteur ". Or, ce mot " libération " est générique ; il répond aux mots : " remise de la dette *ou* paiement " (M. Val.).

1430.—Si le titre abandonné est un acte sous seing privé,

le créancier ne peut pas combattre la présomption de remise de dette *ou* de paiement que le débiteur invoque : car aucune preuve contraire n'est admise contre celle qu'établit l'art. 1282. Que si, au contraire, c'est la grosse d'un titre authentique qui a été abandonnée, le créancier peut combattre la présomption invoquée contre lui (voy. le n° 1425). Le débiteur prétend-il qu'il est libéré à titre de paiement : le créancier ou ses héritiers pourront, par d'autres preuves, établir que c'est une remise de la dette qu'il a reçue : car le créancier, étant admis à prouver que le débiteur n'est libéré à aucun titre, doit, *à fortiori*, être admis à prouver qu'il n'est pas libéré au titre qu'il invoque.

1431.—Le créancier qui restitue à son débiteur les choses qu'il en avait reçues à titre de nantissement, c'est-à-dire de gage ou d'antichrèse (art. 2072), n'est pas, par cela même, présumé avoir renoncé à sa créance. La loi ne voit dans cette restitution des sûretés de la créance qu'une marque de confiance que le créancier accorde au débiteur.

---

3 *Maleville, sur art.* 1283 *C. N.* On disait que la grosse était une seconde minute du titre, et si bien que si le créancier venait à la perdre, il ne pouvait en avoir une autre sans la permission du juge ; que son existence dans les mains du débiteur devait faire présumer la libération, si le créancier ne prouvait pas qu'elle lui avait été soustraite, que cette soustraction serait elle-même un délit, qu'on ne pouvait supposer sans preuve.

Des deux côtés on alléguait la difficulté, souvent même l'impossibilité des preuves, et les procès auxquels une décision contraire à son opinion donnerait lieu. Il faut avouer cependant qu'il est ordinairement plus facile de prouver un accident qui nous a privé d'une grosse, qu'il ne le serait au débiteur d'établir qu'elle lui a été remise par le créancier ; et cette considération, jointe à la faveur de la libératien, dut faire pencher la balance du côté du débiteur.

* *C. N.* 1282, } 1282. La remise volontaire du titre original
" 1283. } sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération.

1283. La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire.

1182. La remise de la chose donnée en nantissement, ne crée pas une présomption de la remise de la dette pour laquelle elle a été donnée en nantissement.	1182. The surrender of a thing given in pledge does not create a presumption of the release of the debt for which it was pledged.

---

* *ff. De Pactis, Liv.* 2, } 3. Postquam pignus vero debitori *Tit.* 14, *L.* 3. } reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est : nisi specialiter contrarium actum esse probetur. (MODESTINUS).

Ibidem. } 3. Mais lorsque j'ai rendu à mon débi- *Trad. de M. Hulot.* } teur son gage, s'il n'a point payé sa dette, il est hors de doute que je conserve le droit de la demander, à moins qu'il ne soit prouvé que les parties ont eu une intention contraire. (MODESTIN).

Voy. *Pothier*, *Oblig.*, n° 610, cité sur art. 1181

---

* *Cod. de remissione pignoris,* } 2. Si probaveris te fundum *Liv.* 8, *Tit.* 26, *L.* 2. } mercatum , possessionemque ejus tibi traditam, sciente et consentiente ea quæ sibi eum à venditore obligatum dicit : exceptione eam removebis. Nam obligatio pignoris consensu, et contrahitur et dissolvitur.

Proposit. 2 id. februar. Antonino A. III. et Geta III. Coss. (IMP. SEVERUS ET ANTONINUS).

Ibidem. } 2. Si vous prouvez avoir acheté et
Trad. de M. P. A. Tissot. } reçu par la tradition le fonds dont il s'agit au su et avec le consentement de celle qui prétend que ce même fonds lui a été obligé antérieurement par le vendeur, vous pourrez lui opposer l'exception de la rémission du gage : car l'obligation de gage se dissout comme elle se contracte par le consentement.

Fait le 2 des ides de février, sous le troisième consul. de l'empereur Antonin et de Géta. (EMP. SÉVÈRE ET ANTONIN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), } On peut distinguer deux différentes
Oblig., *n*° 616 *et s.* } espèces de remises qu'un créancier peut faire de sa dette : l'une, que nous appelons *remise réelle ;* l'autre, que nous appelons *décharge personnelle.*

616. La *remise réelle* est lorsque le créancier déclare qu'il tient la dette pour acquittée ; ou lorsqu'il en donne quittance, comme s'il en avait reçu le paiement, quoiqu'il ne l'ait pas reçu.

Cette remise équipolle au paiement, et fait que la chose n'est plus due ; et par conséquent, elle libère tous ceux qui en étaient débiteurs, ne pouvant pas y avoir de débiteurs, lorsqu'il n'y a plus de chose due.

617. La *remise* ou *décharge personnelle* est celle par laquelle le créancier décharge simplement le débiteur de son obligation.

Cette décharge *magis eximit personam debitoris ab obligatione quàm extinguit obligationem ;* elle n'éteint la dette qu'indirectement, dans le cas auquel le débiteur à qui elle serait accordée, serait le seul débiteur principal ; parce qu'il ne peut y avoir de dette sans débiteur.

Mais s'il y a deux ou plusieurs débiteurs solidaires, la décharge accordée à l'un n'éteint pas la dette, elle ne libère que celui à qui elle est accordée, et non son codébiteur.

La dette est éteinte néanmoins pour la part de celui à qui

la décharge est accordée, et l'autre ne demeure obligé que pour le surplus.

La raison est, que, si chacun devait le total, ce n'était qu'à condition que le créancier lui céderait ses droits et actions contre l'autre. Le créancier s'étant mis par son fait hors d'état de les céder contre celui qu'il a déchargé, l'autre n'en doit pas souffrir, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 337.

La décharge accordée au débiteur principal emporte celle de ses cautions ; car il serait inutilement déchargé, si les cautions ne l'étaient pas ; puisque les cautions, étant obligées de payer, auraient recours contre ce débiteur ; d'ailleurs il ne peut y avoir de caution sans un débiteur principal.

Cette règle reçoit néanmoins une espèce d'exception à l'égard des contrats d'atermoiement, *suprà*, n° 380.

Contrà vice versà, la décharge accordée à la caution, ne décharge pas le débiteur principal : car l'obligation de la caution dépend bien de celle du débiteur principal ; mais celle du débiteur principal ne dépend pas de celle de la caution : il ne peut y avoir de caution sans débiteur principal ; mais il peut y avoir un débiteur principal, sans qu'il y ait de caution.

La décharge personnelle accordée à une caution, ne décharge pas non plus ses cofidéjusseurs ; L. 23, ff. *de Pact.;* L. 15, § 1, ff. *de Fidej.*

Néanmoins, si les cofidéjusseurs ont pu compter sur le recours qu'ils auraient, en payant, contre cette caution que le créancier a déchargée, ayant contracté leurs cautionnements avec elle ou depuis elle, il est équitable que la décharge accordée à cette caution les libère, quant à la part pour laquelle, en payant, ils auraient eu recours contre cette caution, si elle n'eût pas été déchargée. Le créancier n'ayant pu, en déchargeant cette caution, et en les privant de ce recours, leur préjudicier, ils peuvent, en ce cas, opposer pour cette part au créancier l'exception *cedendarum actionum*, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 557.

Cette décision, " que la décharge accordée à une caution

ne libère ni le débiteur principal ni les cofidéjusseurs," a lieu quand même le créancier aurait reçu une somme d'argent de la caution pour la décharger de son cautionnement. Le débiteur principal ne sera pour cela déchargé de rien : car cette somme n'est pas donnée en paiement et pour venir en déduction de la dette ; mais elle est donnée pour le prix de la décharge du cautionnement.

618. Ce que nous venons de dire conduit à la célèbre question de savoir, si, lorsqu'une personne s'est rendue caution envers moi pour un débiteur à qui j'ai prêté une somme d'argent, je puis, non-seulement dans le for extérieur, mais même dans le for de la conscience, recevoir quelque chose de la caution pour la décharge de son cautionnement, et exiger ensuite du débiteur principal la somme entière que je lui ai prêtée, sans rien imputer de ce que j'ai reçu de la caution ?

Dumoulin, en son Traité *de Usur.*, quest. 34, décide que je le puis licitement, pourvu que, lorsque j'ai déchargé la caution, il y eût sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur principal. Je ne commets en cela aucune usure ; car l'usure consiste à recevoir quelque chose au delà de la somme prêtée, pour le prix et la récompense du prêt ; elle consiste à tirer un lucre d'un office qui doit être gratuit.

Mais dans cette espèce, la somme que j'ai reçue de la caution, et que je me trouve avoir outre la somme que j'ai prêtée, qui m'a été depuis rendue en entier, n'est pas une somme que j'ai reçue pour le prix et pour la récompense du prêt que j'ai fait : je l'ai reçue pour une cause toute différente.

Le risque de l'insolvabilité du débiteur, qui était à craindre, était un risque qui devait tomber sur la caution, et non sur moi. Je veux bien prendre ce risque sur moi, et en décharger la caution : je ne suis pas obligé de le faire pour rien. Ce risque est appréciable, et je puis licitement recevoir une somme pour le prix de ce risque.

Finge. J'étais créancier de Pierre d'une somme de 12,000 livres ; vous étiez sa caution.

Les affaires de Pierre se dérangeaient, et il y avait lieu de craindre qu'il n'y eût moitié à perdre sur ce qu'il devait, et peut-être plus. Ce risque vous regardait. Vous m'offrez 3,000 livres pour que je me charge de ce risque en vous déchargeant de votre cautionnement ; j'accepte vos offres. Il arrive depuis que les affaires de Pierre se rétablissent, et qu'il me paie entièrement ; je gagne les trois mille livres que j'ai reçues de vous.

Ce gain est très licite ; il est le prix du risque dont j'ai bien voulu me charger à votre place, d'en perdre six, et peut-être davantage ; le débiteur principal ne peut s'en plaindre, ni vous.

Le débiteur principal ne le peut ; car il n'y a aucun intérêt ; il n'a payé que ce qu'il me devait, et rien au delà : vous ne pouvez pas non plus vous en plaindre ; car, si vous m'avez donné 3,000 livres, excédant la somme qui m'était due, je vous en ai donné l'équivalent en me chargeant à votre place du risque d'en perdre six, ou plus : c'est un contrat aléatoire qui est intervenu entre nous, qui est aussi licite que les contrats d'assurance de mer.

On opposera peut-être que c'est un principe, en matière de prêt, " que le risque de l'insolvabilité du débiteur ne peut donner droit au créancier de recevoir rien au delà du principal qui lui est dû."

Je réponds que ce principe n'est vrai que vis-à-vis du débiteur ; le risque qu'un créancier court de perdre la somme qu'il lui prête, par son insolvabilité, ne peut lui donner droit d'exiger de lui rien au delà de cette somme ; parce que le débiteur paierait cela en pure perte pour lui, il ne reçoit rien à la place : d'ailleurs sa pauvreté doit être une raison pour le soulager, plutôt que pour le charger.

Mais le risque de l'insolvabilité du débiteur peut donner droit au créancier de recevoir quelque chose d'un tiers qui est chargé de ce risque, lorsque le créancier s'en est chargé en sa place ; car ce tiers reçoit quelque chose pour ce qu'il donne, savoir, la décharge du risque.

[ARTICLE 1182.]

Lorsqu'il n'y a aucun sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur, en ce cas, Dumoulin décide, *ibidem*, que le créancier ne peut licitement rien recevoir de la caution, pour la décharger de son cautionnement.

On opposera contre cette décision, que le droit que j'avais contre la caution était un droit qui était *in bonis*, qui faisait partie de mes biens. Je lui donne ce droit, lorsque je lui en fais remise ; pourquoi ne me sera-t-il pas permis de recevoir d'elle quelque chose à la place de ce que je lui donne ?

Je réponds que, selon les règles de la justice commutative, je ne puis exiger à la place de la chose que j'ai donnée, que l'équivalent de cette chose, c'est-à-dire ce à quoi elle est appréciable ; si elle n'est appréciable à rien, je ne puis rien exiger pour cette chose. Or tel est, dans cette espèce, le droit que j'ai contre la caution, et dont je lui fais don et remise.

Finge. J'ai une bonne créance de cent pistoles contre Pierre ; il n'y a aucun sujet de craindre son insolvabilité ; il y a des biens fonds de la valeur de plus de dix fois autant, qui y sont hypothéqués. Vous étiez sa caution, je vous décharge de votre cautionnement : à quoi peut s'apprécier le droit qui résultait de ce cautionnement ?

Ma créance, avec tous les droits qui en résultaient, valait cent pistoles, et rien de plus : sans votre cautionnement dont je vous ai fait don et remise, ma créance vaut encore la somme entière de cent pistoles, puisqu'on la suppose bien assurée ; par conséquent le droit dont je vous ai fait remise n'est appréciable à rien ; en vous le remettant, je ne souffre aucune diminution dans mes biens, et par conséquent je ne puis licitement rien recevoir à la place.

Observez que, lorsqu'une caution a donné quelque chose au créancier pour être déchargée de son cautionnement, on doit présumer dans le for extérieur qu'il y avait lieu de craindre l'insolvabilité du débiteur : car on n'est pas présumé donner sans sujet ce qu'on donne : *Nemo res suas jactare facilè præsumitur.*

Quand même il serait pleinement justifié qu'il n'y avait aucun sujet de craindre que le débiteur devînt insolvable lorsque la caution a donné de l'argent pour être déchargée de son cautionnement, la caution dans le cas auquel la dette ne serait pas encore acquittée, n'aurait la répétition de ce qu'elle a donnée, qu'aux offres qu'elle ferait de demeurer obligée, comme elle l'était avant la décharge qui lui a été donnée ; *Molin. ibidem.*

La caution pourrait aussi en ce cas offrir de payer la dette, en imputant et faisant déduction de ce qu'elle a donné sans sujet pour être déchargée de son cautionnement ; et si c'était d'une rente qu'elle fût caution, cette imputation se devrait faire d'abord sur les arrérages qui en sont dus, et ensuite sur le principal. Elle peut, en faisant le paiement, exiger la subrogation aux droits du créancier : car, quoiqu'elle ait été déchargée, elle ne doit pas être regardée comme une personne entièrement étrangère, puisqu'elle fait le paiement pour se faire faire raison de ce qu'elle a déjà donné pour être déchargée ; *Molin. ibidem.*

A l'égard du débiteur principal, il ne peut jamais répéter contre le créancier ce que le créancier a reçu indûment pour décharger la caution, ni en rien retenir sur la somme qu'il doit, lorsqu'il la paiera ; car la caution n'ayant aucun recours contre le débiteur principal pour la somme qu'elle a donnée indûment pour la décharge de son cautionnement, le débiteur principal est sans intérêt.

Mais si la caution avait un recours contre le débiteur principal, pour la somme qu'elle a donnée pour la décharger de son cautionnement ; *putà*, si le débiteur principal s'était obligé envers elle à payer la dette dans un certain temps, et qu'on fût convenu qu'après que le débiteur aurait été mis en demeure de le faire, il serait permis à la caution d'acheter du créancier la décharge de son cautionnement à la meilleure condition que faire se pourrait, dont elle serait indemnisée par le débiteur principal ; en ce cas, il n'est pas douteux que le débiteur principal pourrait retenir cette somme sur la dette.

lorsqu'il la paierait au créancier : car, au moyen du recours que la caution a contre lui, c'est comme si c'était lui qui l'eût payée au créancier ; *Molin. ibidem.*

---

2 *Mourlon, sur art.* 1285-1287 *C. N.* } 1432.—III. *Des effets de la remise de la dette.*—La remise de la dette peut être *réelle* ou *personnelle.* Elle est *réelle*, lorsqu'elle est *absolue*, *générale*, sans restriction à telle ou telle personne ; *personnelle*, lorsqu'elle est limitée à telle ou telle personne.

—La remise *tacite*, je veux dire celle qui résulte de l'abandon que le créancier fait de son titre, est toujours *réelle :* car, si le créancier n'avait pas eu l'intention d'abandonner sa créance à l'égard de tous ceux qui en sont tenus, il eût évidemment conservé son titre contre ceux d'entre eux qu'il n'entendait pas libérer. Ainsi :

1° La remise du titre à l'un des débiteurs *solidaires* profite à tous ;

2° Lorsque plusieurs personnes ont contracté une même dette *conjointement*, par un seul et même acte, mais sans solidarité, la remise du titre à l'une d'elles les libère toutes ;

3° La remise du titre à l'une des *cautions* profite à toutes ; elle profite même au débiteur principal ;

4° A bien plus forte raison, la remise du titre au *débiteur principal* profite-t-elle à ses cautions.

—Quant à la remise *expresse*, elle est tantôt *réelle*, tantôt *personnelle.* Reprenons donc les différentes hypothèses que nous venons d'énumérer.

1433.—1° *Remise faite à l'un des débiteurs solidaires.*—La loi la présume *réelle*, faite à tous. Le créancier qui entend ne libérer que celui des débiteurs avec lequel il contracte doit expressément réserver ses droits contre les autres. Sa créance continue alors d'exister contre eux, mais sous la déduction de la part que devait supporter dans la dette celui qui a été déchargé (voy., sous le n° 1269, le développement et la critique de cette théorie).

1434.—2° *Remise faite à l'une des personnes qui ont contracté conjointement, mais sans solidarité.*—Cette remise est *personnelle*. En effet, lorsque plusieurs personnes contractent conjointement, chacune d'elles s'oblige pour une part égale à celle pour laquelle ses codébiteurs s'obligent : en sorte qu'on peut dire qu'il y a autant de dettes distinctes et séparées qu'il y a d'obligés (voy. le n° 1245) : si donc le créancier décharge l'un d'eux, celui-là est bien libéré ; mais cette remise ne nuit ni ne profite aux autres, qui restent obligés chacun pour la part dont il est tenu (art. 1165).

1435.—3° *Remise accordée à l'une des cautions.*—Une distinction est ici nécessaire. Si le créancier, traitant avec la caution, lui a fait remise, non pas seulement du *cautionnement* mais de *la dette elle-même*, cette remise est réelle : elle profite à tous, à la caution qui l'a obtenue, aux autres cautions, et même au débiteur principal. Que si, au contraire, le créancier a simplement fait remise du *cautionnement*, et c'est l'hypothèse que prévoient les deux dernières phrases de l'art. 1287, cette remise est *personnelle* : elle ne profite ni au débiteur principal ni aux autres cautions.

Cependant, en ce qui touche les autres cautions, le texte de la loi est trop absolu. " La remise accordée à l'une des cautions, y est-il dit, *ne libère point les autres.*" Pris à la lettre, ce texte signifierait que les cofidéjusseurs de celui qui a été déchargé restent tenus de *toute* la dette ; mais évidemment cette solution n'est pas admissible : ils restent tenus de la dette, sous la déduction de la part pour laquelle ils auraient pu recourir contre leur cofidéjusseur s'il n'eût pas été déchargé. Cela résulte, par *analogie* et par *à fortiori*, de l'art. 1285, aux termes duquel le créancier qui a fait une remise personnelle à l'un des débiteurs solidaires ne peut plus poursuivre les autres que sous la déduction de la part que le débiteur déchargé devait supporter dans la dette (voy. le n° 1433). En effet, de ces deux choses l'une : ou les cautions se sont engagées solidairement, ou elles se sont engagées sans solidarité. Au premier cas, celles qui n'auront pas été

déchargées invoqueront, par analogie, le bénéfice de l'art. 1285 ; au second, elles l'invoqueront par *à fortiori*. Et rien n'est plus équitable que cette interprétation. Lorsque plusieurs personnes cautionnent ensemble un même débiteur, chacune d'elles considère que, si elle paye la dette entière, elle aura recours contre les autres pour leur part et portion (art. 2033) : ce n'est que dans cette confiance qu'elle donne son engagement : le créancier ne peut donc pas, en déchargeant l'une d'elles, faire porter sur les autres tout le fardeau de la dette (art. 2037).

Toutefois, si la caution qui a été déchargée ne s'était engagée qu'après l'engagement des autres, notre théorie devrait être modifiée. Dans ce cas, en effet, on ne peut pas dire que les cofidéjusseurs de la caution qui a été déchargée ont compté que, s'ils étaient obligés de payer toute la dette, ils auraient un recours contre elle pour lui faire supporter sa part dans la dette. En la déchargeant, le créancier remet les choses dans l'état où elles étaient quand ils se sont obligés.

1436.—4° *Remise de la dette faite au débiteur principal.*— Cette remise est *réelle :* le débiteur serait, en effet, inutilement libéré si la décharge qu'il a obtenue ne profitait pas à ses cautions : si elles étaient obligées de payer la dette, elles auraient un recours contre lui. D'ailleurs, il ne peut y avoir de *caution* sans un *débiteur principal.*

1437.—Le Code termine la théorie de la remise de la dette par une disposition qui, logiquement, est inexplicable. En voici le texte : " Ce que le créancier a reçu d'une caution, *pour la décharge de son cautionnement*, doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur et des autres cautions."

Soit une dette de 20,000 fr., payable dans quinze ans et garantie par une caution. Si le débiteur devient insolvable, la caution perdra 20,000 fr., puisque, à défaut du débiteur, c'est elle qui sera obligée de payer le créancier. Ainsi, un danger existe, et c'est la caution qui en est menacée. Désireuse de s'y soustraire, ella dit au créancier : " Je vous offre

1,000 fr., si vous me donnez, dès à présent, *décharge du cautionnement.* " Le créancier accepte. Que s'est-il passé ? un véritable contrat *à titre onéreux* et *aléatoire*, une espèce de contrat d'assurance. Le créancier reçoit 1,000 fr., en échange des risques qu'il prend à sa charge ; la caution reçoit, en échange des 1,000 fr. qu'elle donne, sa libération des risques auxquels elle était exposée. En présence de ces faits, si nous ne consultons que la logique des choses, nous maintiendrons le contrat tel qu'il se comporte. Le créancier conserverait sa créance de 20,000 fr. ; car les 1,000 fr. qu'il a reçus sont, non pas un à-compte sur ce qui lui est dû par le débiteur, mais le prix des risques dont il a déchargé la caution, et qu'il a pris à sa charge.

Que décide donc la loi ? Que les 1,000 fr. qui ont été payés s'imputeront sur les 20,000 fr. qui sont dus par le débiteur, et qu'ainsi la créance du créancier sera réduite à 19,000 fr. Que résulte-t il de là ? La chose du monde la plus injuste ! Le créancier s'est soumis à un risque qui pesait sur la caution, et il n'a rien reçu en échange de l'avantage qu'il a procuré à celle-ci ! La caution, qui a été déchargée des dangers auxquels elle était exposée, reprend les 1,000 fr. qu'elle avait payés pour obtenir cet avantage ! Elle les reprend, car évidemment elle peut les répéter du débiteur qui en a profité. Les parties avaient fait un contrat *à titre onéreux* et *aléatoire*, la loi en fait un contrat *à titre gratuit.*

Voy. autorités sur art 1181.

---

* *C. N.* 1286. } 1286. La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette.

[ARTICLES 1183, 1184.]

1183. La remise du titre original de l'obligation à l'un des débiteurs solidaires a le même effet au profit de ses codébiteurs.

1183. The surrender of the original title of an obligation to one of joint and several debtors is available in favor of his codebtors.

---

* *ff. De Duobus reis Constitutio,* *Liv.* 45. *Tit.* 2, *L.* 2. } 2· Cùm duo eandam pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singuli insolidum debentur, et singuli debent. Ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio. (JAVOLENUS.)

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } 2. Lorsque deux personnes ont promis ou ont stipulé le même argent, de plein droit et chacun d'eux est obligé, et chacun d'eux oblige solidairement. C'est pourquoi par la demande, par l'acceptilation d'un seul, toute l'obligation est dissoute. (JAVOLÉNUS.)

Voy. autorité sur art. 1181 et 1182.

1184. La remise expresse accordée à l'un des débiteurs solidaires ne libère point les autres ; mais le créancier doit déduire de sa créance la part de celui qu'il a déchargé.

1184. An express release granted in favor of one of joint and several debtors does not discharge the others ; but the creditor must deduct from the debt the share of him whom he has released.

---

* *ff. De acceptilatione,* *Liv.* 46, *Tit* 4, *L.* 16. } 16. Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur sed et hi qui secum obligantur. Nam cùm ex duobus pluri-

busque ejusdem obligationis participibus uni accepto fertur, cæteri quoque liberantur : non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est. (ULPIANUS.)

Ibidem.
Trad. de M. Berthelot. } 16. Si de plusieurs obligés, un consent à une acceptilation, il n'est pas le seul libéré, mais ceux-là aussi le seront qui se sont obligés avec lui. Car lorsque l'on consent une acceptilation à un débiteur entre deux ou plus qui sont participants à la même obligation, les autres aussi sont libérés ; non pas par la raison qu'on aurait consenti l'acceptilation à tous, mais parce que celui qui est dégagé par l'acceptilation paraît comme avoir payé. (ULPIEN.)

---

* *ff. De solut et liber, Liv.* 46,
Tit. 3, *L.* 34, § 11. } § 11. Qui perpetua exceptione se tueri potest, solutum repetit : et ideo non liberatur. Quare si ex duobus reis promittendi alter pepigerit, *ne ab eo peteretur*, quamvis solverit, nihilominùs alter obligatus manebit. (JULIANUS.)

Ibidem.
Trad. de M. Berthelot. } § 11. Celui qui peut se défendre par une exception perpétuelle, peut redemander ce qu'il a payé, et par cela n'est pas libéré. C'est pourquoi si de deux copromettants l'un est convenu par un pacte qu'on ne lui demanderait pas ; s'il vient à payer, l'autre n'en restera pas moins obligé. (JULIEN.)

Voy. autorités sur art. 1181-82 et Pothier cité sur art 1157.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*),
Oblig., *n*° 275 *et* 621. } 275. La remise que le créancier ferait de la dette à l'un des débiteurs solidaires, libérerait ainsi les autres, s'il paraissait que le créancier, par cette remise, a eu intention d'éteindre la dette en total.

S'il paraissait que son intention a été seulement d'éteindre la dette quant à la part pour laquelle celui à qui il en a fait remise en était tenu vis-à-vis de ses codébiteurs, et de décharger du surplus de la dette la personne de ce débiteur, la dette ne laissera pas de subsister pour le surplus dans les personnes de ses codébiteurs.

Quid, si le créancier, par la décharge qu'il a donnée à ce débiteur, avait déclaré expressément " qu'il entendait décharger seulement la personne de ce débiteur, et conserver sa créance entière contre les autres codébiteurs," pourrait-il, au moyen de cette protestation, exiger le total des autres débiteurs, sans aucune déduction de la part de celui qu'il a déchargé ?

Je pense qu'il ne le pourrait. La raison est que des débiteurs solidaires ne se seraient pas obligés solidairement ; mais seulement pour leurs parts, s'ils n'eussent compté qu'en payant le total ils auraient recours contre leurs codébiteurs, et qu'ils auraient pour cet effet la cession des actions du créancier pour les autres parties. Ce n'est que sous la charge tacite de cette cession d'actions, qu'ils se sont obligés solidairement ; et par conséquent le créancier n'a droit d'exiger de chacun d'eux le total qu'à la charge de cette cession d'actions. Dans cette espèce, le créancier s'étant mis par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions contre un des débiteurs qu'il a déchargé, et par conséquent s'étant mis hors d'état de remplir la condition sous laquelle il a droit d'exiger le total ; c'est une conséquence qu'il ne puisse plus demander à chacun le total : *Repellitur exceptione cedandarum actionum ;* Voyez ce qui est dit de la cession d'actions, *infrà*, p. 3, ch. 1, art. 6, § 2.

Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires, et que le créancier en a déchargé un, perd-il entièrement la solidarité ? ou peut-il agir contre chacun des autres solidairement, et sous la déduction seulement de la part de celui qu'il a déchargé, et de ce que celui qu'il a déchargé, aurait été tenu de porter

pour sa part, des portions de ceux d'entre eux qui seraient insolvables ?

Par exemple, si j'avais six débiteurs solidaires ; que j'en aie déchargé un, qu'il en reste cinq, dont un est insolvable ; ne puis-je agir contre chacun des autres que pour leur sixième ? ou puis-je agir contre chacun des solvables pour le total, sous la déduction seulement du sixième dont était tenu celui que j'ai déchargé, et de la part dont il aurait été tenu de la portion de l'insolvable ?

Je pense que j'y serai bien fondé ; car ce débiteur contre qui j'agis, ne peut prétendre contre moi d'autre déduction que de ce qu'il perd par le défaut de cession d'action contre celui que j'ai déchargé : or la cession d'action contre celui que j'ai déchargé, ne lui aurait donné que le droit de répéter de lui sa portion, et de le faire contribuer à celle des insolvables, comme nous le verrons *infrà*, nº 281.

621. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires, le créancier peut, par la remise de la dette qu'il fait à l'un d'eux, éteindre la dette et libérer tous les autres ; L. 16, ff. *eod. tit.*

Mais il faut qu'il paraisse que le créancier a eu intention d'éteindre la dette : car, s'il n'a eu intention que de décharger la personne du débiteur, ses codébiteurs ne sont pas libérés, si ce n'est pour la part de celui qui a été déchargé, comme il a été dit au paragraphe précédent.

622. La remise étant une donation, il faut, pour qu'elle soit valable, que le débiteur à qui elle est faite, ne soit pas une personne à qui les lois défendent de donner. La remise qu'une femme ferait à son mari de ce qu'il lui doit, celle qu'un malade ferait à son médecin, ne seraient pas valables.

Cela ne doit pas être étendu aux remises qui se font plutôt par composition que par donation ; telles que celles qui se font en cas de faillite, et les compositions pour les profits seigneuriaux.

[ARTICLE 1185.]

* *C. N.* 1285. } La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'aît expressément réservé ses droits contre ces derniers.

Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

1185. La remise expresse accordée au débiteur principal libère les cautions.

Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal.

Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres, excepté dans le cas où ces derniers auraient un recours contre la caution libérée, et jusqu'à concurrence de tel recours.

1185. An express release granted to the principal debtor discharges his sureties.

If granted to the surety, it does not discharge the principal debtor.

If granted to one of several sureties it does not discharge the others, except in cases in which the latter would have a recourse upon the one released and to the extent of such recourse.

---

* *ff. De fidejuss., Liv.* 46, *Tit.* 1, *L.* 60 *et L.* 68, § 2. } *L.* 60. Ubicunque reus ita liberatur à creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit. (PAULUS).

L. 68, § 2. Non possunt conveniri fidejussores liberato reo transactione. (PAULUS).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } *L.* 60. Il a répondu que toutes les fois que le débiteur est libéré de son créancier, de sorte cependant qu'il reste une obligation naturelle, le fidéjusseur reste obligé. (PAUL).

L. 68, § 2. Les fidéjusseurs ne peuvent être poursuivis quand le débiteur principal est libéré par transaction. (PAUL).

* *ff. De Pactis, Liv.* 2, *Tit.* 14, *L.* 23. } 23. Fidejussoris autem conventio nihil proderit reo : quia nihil ejus interest, à debitore pecuniam non peti : imo nec confidejussoribus proderit : neque enim, quoquo modo cujusque interest, cum alio conventio facta prodest ; sed tunc demum, cùm per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat : sicut in reo promittendi, et his, qui pro eo obligati sunt. (Paulus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } 23. La convention par laquelle le répondant s'est fait libérer de son obligation par le créancier, ne peut point être utile au principal obligé ; parce que le répondant n'a aucun intérêt que le principal obligé soit libéré. Elle ne sert pas même à ceux qui ont répondu avec lui ; parce que, pour qu'une convention faite avec un autre puisse être utile à un tiers, il ne suffit pas que celui qui a fait la convention ait un intérêt quelconque que ce tiers soit libéré, il faut qu'il soit principal obligé vis-à-vis de celui à qui on donne l'exception, comme il arrive dans le cas du débiteur vis-à-vis de ses répondants. (Paul).

Voy. autorités sur arts. 1181, 1182.

---

* 4 *Marcadé, sur arts.* 1285 *et* 1287 *C. N.* } I.—801. Ces deux articles opposent à la remise *tacite* la remise ou décharge *conventionnelle*, et présentent ainsi ces dernières expressions comme synonymes de remise ou décharge *expresse*. Mais nous avons vu (nº 788) que la remise tacite est tout aussi bien conventionnelle que la remise expresse ; et que, d'un autre côté, la remise expresse n'est pas toujours convention nelle, puisqu'elle peut se trouver dans un testament. Pour ce qui est du cas assez rare d'abdication absolue du créancier, cas dans lequel la remise pourrait encore être expresse, il n'y a pas à s'occuper ici de ses effets, puisque, par sa nature même, elle ne peut s'opérer avec l'un des coobligés. Cette

abdication, en effet, s'opérerait par la seule volonté du créancier, sans le concours de personne ; et elle libérerait nécessairement tous les obligés à la fois, puisqu'elle est l'abandon complet de la créance même.

Ainsi, il faut parler ici de remise *expresse*, et non pas de remise *conventionnelle*.

VI.—807. Quand il y a plusieurs cautions, la remise faite à l'une d'elles *ne libère pas les autres*, dit la fin de l'art. 1287. Mais cette règle a grand besoin d'explication ; elle est loin d'avoir le sens absolu qui paraîtrait résulter de ses termes.

Et, d'abord, si la remise a été faite (comme nous le supposions tout à l'heure pour une caution unique) de manière à prouver qu'on a entendu éteindre la dette, et non pas seulement procurer une décharge personnelle à la caution, il est bien évident que toutes les cautions seront libérées, puisque le débiteur principal le sera. Mais, même dans le cas de décharge purement personnelle à la caution, il ne faudrait pas croire que cette décharge soit sans aucun effet pour les autres cautions, et qu'elle laisse toujours subsister contre elle une obligation aussi étendue qu'auparavant. Après la décharge d'une des cautions, les autres ne se trouvent plus obligées à la dette que sous déduction de la part que devait supporter la première ; si, par exemple, une dette de 12000 francs était garantie par quatre cautions, et que l'une d'elles fût déchargée, chacune des trois autres ne garantirait plus la dette que pour 9000 francs.

En effet, ou les cautions sont solidaires entre elles, ou elles ne le sont pas. Si elles sont solidaires, elles se trouvent placées sous la règle du deuxième alinéa de l'art. 1285 ; aussi le procès-verbal de la discussion de notre art. 1287 déclare-t-il qu'on adopte l'article, et qu'on ne permet au créancier de décharger une seule des cautions en conservant ses droits contre les autres, que pour le cas où ces cautions ne sont pas solidaires (Fenet, t. XIII, p. 89, alin. 5, et 87, alin. 2). Que si les cautions ne sont pas solidaires, c'est-à-dire si elles n'ont pas renoncé au bénéfice de division, non-seulement chacune d'elles

peut, d'après l'article 2026, contraindre le créancier à les poursuivre toutes à la fois, pour ne demander à chacune que sa part (ce qui réduira le créancier à n'obtenir d'elles que 9000 francs, puisqu'il a déchargé une des quatre) ; mais quand même celle des trois cautions non déchargées à laquelle il s'adresse n'opposerait pas le bénéfice de division et consentirait à payer la totalité, il s'agirait toujours, non plus de la totalité de la dette, ou 12000 francs, mais de la totalité du cautionnement, qui se trouve réduit a 9000 francs par la décharge de l'une des quatre cautions...

Cette réduction du cautionnement par la décharge de l'une des cautions, même sans solidarité et en dehors de la règle de l'art. 1285, peut se prouver de plusieurs manières. D'abord, il serait absurde que le créancier pût obtenir, en ne poursuivant qu'une seule caution, plus qu'il n'aurait en divisant son action contre toutes à la fois ; or, nous venons de voir que, d'après l'art. 2027, il y a réduction de son cautionnement dans ce cas de poursuites divisées. D'un autre côté, l'article 2033 voulant, et avec raison, que celle des cautions qui acquitte la dette entière ait son recours contre les autres de manière à ne supporter que sa part, il est clair que la décharge que le créancier donne à l'une des cautions doit, en diminuant le recours des autres, diminuer par là même et proportionnellement leur obligation de payer. Enfin, l'art. 2037 déclare que, quand le créancier a rendu impossible la subrogation aux droits accessoires qui garantissaient sa créance, le cautionnement cesse ; or, en déchargeant l'une des cautions, le créancier rend impossible la subrogation au droit de poursuite contre cette caution pour sa part, et, dès lors, il y a extinction du cautionnement pour cette part.

Et non-seulement le créancier ne pourrait plus poursuivre les autres cautions que déduction faite de la part de celle qu'il a déchargé ; mais si l'une des cautions non déchargées se trouve insolvable, le créancier, par une conséquence nécessaire, ne pourra poursuivre les cautions solvables, à raison de cette insolvabilité, qu'en défalquant la part que la caution

par lui déchargée aurait dû en supporter.—Tout ceci est la conséquence du principe que la décharge d'une des cautions ne peut jamais nuire aux autres.

808. Il faut donc se défier de cette proposition de l'art. 1287, que la remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. Sans doute, elle ne les libère pas complétement (en supposant, comme le fait évidemment l'article, une décharge purement personnelle à cette caution), elle ne les libère pas *de leurs parts* dans le cautionnement ; mais elle les libère de la part de la caution déchargée. Il ne faut donc pas prendre cette proposition à la lettre ; et si elle a été rédigée ainsi c'est parce que, lors de la discussion, les rédacteurs avaient, sur les obligations et les droits des cautions entre elles, des idées qui n'ont point été consacrées plus tard dans le titre *Du Cautionnement.* " Les cautions ne sont pas cautions entre elles, disait M. Cambacérès ; l'engagement de l'une *n'a aucun rapport* avec l'engagement de l'autre ; et si le créancier relâche l'une, il ne porte aux autres *aucun préjudice.* M. Defermon disait que, s'il *pouvait arriver* qu'une seule caution payât *pour toutes*, il ne serait *pas juste* de permettre qu'une des cautions pût être déchargée. M. Treilhard répondait qu'il faudrait pour cela supposer les *cautions solidaires*, et qu'elles ne le sont pas. Enfin M. Tronchet disait que trois cautions prises pour le même engagement sont complétement *étrangères entre elles* (Fenet, p. 86 et 87)...On voit, par cette seule citation (où l'on voit les différentes cautions comme n'ayant aucun rapport entre elles, et où l'on suppose que l'une des cautions ne peut arriver à payer le tout que dans le cas de solidarité, tandis que l'art. 2025 pose en principe que chacune des diverses cautions est toujours obligée à la totalité de la dette), que si le titre *Du Cautionnement* avait existé, lors de cette discussion, tel qu'il est dans le Code, le principe de raison et de justice proclamé dans la discussion, que la décharge d'une caution ne peut jamais nuire aux autres, aurait amené une rédaction différente de celle que présente la disposition finale de l'article 1287.

VIII.—810. Pour savoir si celui des coobligés à qui a été faite une remise libérant aussi les autres peut recourir contre ceux-ci, comme il le pourrait s'il avait payé la dette, il faut distinguer si cette remise a eu lieu gratuitement ou à titre onéreux. Dans ce dernier cas, le droit de recours est évident ; mais il n'y a pas de recours possible quand la remise est gratuite.

Le recours, en effet, ne peut avoir pour objet que l'indemnité due au codébiteur pour ce qu'il a déboursé, afin de libérer ses coobligés ; or, ici rien n'a été déboursé,et il ne peut pas être question d'indemnité. Le recours est une action de gestion d'affaires intentée par le gérant pour recouvrer ses impenses ; or, ici, il n'y a eu aucune impense.—En vain on dirait (et cette doctrine semble être celle de M. Duranton, au nº 227 du tome XI) que la remise gratuite étant un don de la créance, celui à qui elle est faite se trouve avoir contre ses codébiteurs les droits que le créancier donateur avait lui-même...Il y a là une lourde erreur. Sans doute, un créancier peut faire à l'un des codébiteurs donation de sa créance, et le donataire devient ainsi créancier pour toute la partie de la dette qui ne s'éteint pas par confusion (article 1300) ; mais puisque, dans ce cas, la créance est donnée, transmise au donataire, et continue de subsister pour lui, il n'y a donc pas d'extinction par remise de dette...Il y a transport-cession de la créance par donation : une fois ce transport opéré, il y a extinction d'une partie de cette créance *par confusion*, et maintien de l'autre partie, mais il n'y a en rien remise de dette. L'action du donataire contre les anciens coobligés ne serait pas un recours ; ce serait l'exercice pur et simple de la créance qui continue d'exister. Et puisque alors il y a donation proprement dite de la créance, il est bien clair que l'effet ne peut se produire que par les formes spéciales des dispositions à titre gratuit. Il ne faut donc pas confondre ainsi la donation d'une créance avec la simple remise, même gratuite ; et dans ce cas de remise, encore une fois, il n'y a pas de recours possible.

Nous avons dit que M. Duranton *semble professer* la doctrine que nous venons de réfuter. D'une part, en effet, il accorde le recours à l'obligé à qui le créancier *a fait don* de la créance *sans suivre les formes d'une donation*, ce qui indiquerait bien un cas de simple remise gratuite, et non un cas de donation proprement dite ; et il déclare, en effet, s'occuper là du codébiteur solidaire à qui *la remise de la dette* a été faite ; mais comme il donne, dans le même passage, *pour exemple d'une remise de dette*, d'abord une *novation*, et ensuite un *payement* avec subrogation, il devient impossible, au milieu de cette confusion d'idées contradictoires, de savoir qu'elle a été la pensée du savant professeur : on ne peut pas dire s'il a entendu parler d'une donation proprement dite, opérant la *translation* de la créance, ou seulement d'une libéralité ne constituant pas une donation et résultant *de l'extinction* de cette créance par une remise gratuite. Quoi qu'il en soit, il y a erreur dans l'une comme dans l'autre hypothèse. Car, si M. Duranton entend parler d'une donation proprement dite, il est vrai qu'il y a recours, mais il est faux que les formes spéciales ne soient pas nécessaires ; que s'il entend parler d'une simple remise gratuite, ces formes spéciales ne sont plus nécessaires, mais il n'y a pas de recours possible.

811. Le recours n'étant qu'une demande d'indemnité, une action en recouvrement d'impenses, il faut donc décider que, dans le cas de remise faite à titre onéreux, si le sacrifice quelconque en échange duquel la remise a été consentie avait une valeur moindre que le montant de la dette, ce serait seulement pour cette valeur moindre que le recours pourrait s'exercer.

---

* *C. N.* 1287. } La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions ;

Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal.

Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres.

[ARTICLE 1186.]

1186. [Ce que le créancier reçoit d'une caution, pour la libérer de son cautionnement, ne doit pas être imputé à la décharge du débiteur principal, ou des autres cautions, excepté, quant à ces derniers, dans les cas où ils ont un recours contre la caution libérée et jusqu'à concurrence de tel recours.]

1186. [That which the creditor receives from a surety as a consideration for releasing him from his suretyship is not imputed in discharge of the principal debtor, or of the other sureties, except as regards the latter, in cases in which they have a recourse upon the one released, and to the extent of such recourse.]

Voy. *Rapport de MM. les Commissaires* sur cet article, vol. 7, p. 635, et *Pothier*, *Oblig.*, n° 618, cité sur art. 1182.

---

3 *Maleville*, *sur art.* 1288 *C. N.* } On agita d'abord la question de savoir si le créancier peut même décharger l'une des cautions sans les autres. Pour la négative, on disait qu'en en déchargeant une seule, le créancier reportait sur les autres tout le poids de l'engagement commun, et que la solidarité n'avait été établie entr'elles qu'afin qu'il fût partagé. Pour l'affirmative, on dit que toutes les cautions n'étaient pas solidaires entr'elles ; qu'il fallait une convention expresse pour cela, qui se réglerait alors par ses propres clauses.

Sur cet objet, le conseil arrêta qu'un créancier avait le droit de décharger l'une des cautions, lorsqu'elles ne seraient pas solidaires entr'elles.

Et sans doute le créancier ne peut, par la décharge qu'il accordera à l'une des cautions, détruire les engagements qu'elles auront formées entre elles ; mais rien n'empêche que, relativement à lui, il ne puisse renoncer à agir contre l'une des cautions, comme il peut le faire à l'égard de l'un de ses débiteurs solidaires, et sans nuire à leur recours entr'eux.

Vint ensuite la question de savoir si ce que le créancier reçoit d'une caution pour lui accorder sa décharge, doit demeurer au profit du créancier, ou être imputé sur la dette.

Pour la première opinion, on dit que le créancier, en déchargeant l'une de ses cautions, diminue ses sûretés, qu'il peut recevoir un prix pour ce risque, et que le débiteur principal et les autres cautions ne doivent pas en profiter ; que communément même, la caution ne s'engage qu'en participant aux bénéfices du débiteur, et que le créancier seul mérite la protection de la loi.

Pour l'opinion contraire, on dit que le cautionnement est de soi un office gratuit, et que les lois ne peuvent le considérer que comme tel ; que sous cet aspect il mérite toute leur faveur ; que la moindre qu'on puisse accorder aux cautions, est de faire tourner à leur libération, un remboursement partiel qui diminue réellement la dette ; que l'objet du créancier, en prenant une caution, est d'assurer sa créance, et qu'en recevant de la caution, il remplit son but à concurrence de ce qui lui est payé.

La faveur de la libération, plus que la rigueur des principes, fit adopter cette dernière opinion. On peut voir une question analogue à celle-là, traitée dans Pothier, nº 582.

---

18 *Laurent, sur art.* 1288 *C. N.* } 374. " Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharger de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions " (art. 1288). Cette disposition est universellement critiquée. Elle s'écarte de la tradition et elle est contraire aux principes. Dumoulin disait très bien que la convention par laquelle le créancier décharge l'une des cautions, moyennant le payement d'une certaine somme, est un contrat aléatoire. Le créancier prend sur lui le risque de l'insolvabilité du débiteur principal et des autres cautions, et, de son côté, la caution est déchargée de ce risque

qui l'obligerait à supporter toute la dette. Ce que le créancier stipule de la caution déchargée, il le reçoit donc à titre onéreux ; partant il n'y a aucune raison pour l'imputer sur la dette. C'est enlever au créancier le bénéfice de son contrat, tout en laissant à sa charge le risque de l'insolvabilité. A ces conditions-là, le créancier n'accordera jamais la décharge à une caution.

Que répond-on à ces objections ? On dit que cela suppose que l'insolvabilité du débiteur principal était à craindre ; mais comment prouver qu'il y avait des risques d'insolvabilité ? Nous répondons que par cela même que plusieurs cautions se sont obligées pour le débiteur principal, la solvabilité de celui-ci doit être plus ou moins douteuse. Et il faut bien supposer qu'il y a un risque quelconque, sinon le traité entre la caution et le créancier ne se conçoit pas. S'il n'y a absolument aucun risque, où est la caution qui consentira à payer quoi que ce soit au créancier pour être déchargée de son cautionnement ?

L'orateur du Tribunat fait une autre réponse à Dumoulin ; elle est singulièrement naïve. " Si, dit-il, le créancier recevait de la caution toute la dette, il n'aurait plus rien à demander à personne ; pourquoi donc, quand il reçoit une partie, fût-ce en vue de l'insolvabilité apparente, n'en tiendrait-on pas également compte ? " Sans doute le créancier à qui il est dû 10,000 francs et qui reçoit ces 10,000 francs de l'une des cautions, ne peut plus rien demander à personne, par l'excellente raison que la dette est éteinte par le payement. Mais s'il reçoit 1,000 francs pour décharger l'une des cautions, il ne reçoit rien sur sa dette ; les 1,000 francs que lui donne la caution sont une compensation du risque dont elle était chargée et qu'elle met sur le compte du créancier.

SECTION V.

DE LA COMPENSATION.

1187. Lorsque deux personnes se trouvent mutuellement débitrices et créancières l'une de l'autre, les deux dettes sont éteintes par la compensation qui s'en fait dans les cas et de la manière ci-après exprimés.

SECTION V.

OF COMPENSATION.

1187. When two persons are mutually debtor and creditor of each other, both debts are extinguished by compensation which takes place between them in the cases and manner hereinafter declared.

---

* *ff. De compensatione*, *Liv.* 16, *Tit.* 2, *LL.* 1, 2, 3. } *L.* 1. Compensatio est debit et crediti inter se contributio. (MODESTINUS).

L. 2. Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. (JULIANUS).

L. 3. Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potiùs non solvere, quàm solutum repetere. (POMPONIUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 1. La compensation est la contribution d'une dette et d'une créance. (MODESTIN)

L. 2. Toute personne actionnée en justice peut opposer la compensation à la demande de son créancier, qui est en même temps son débiteur. (JULIEN).

L. 3. La nécessité de la compensation est fondée sur ce qu'on a intérêt de retenir par ses mains ce qui peut être dû, plutôt que d'intenter une action pour se le faire rendre après l'avoir payé. (POMPONIUS).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*o 623. } 623. La *compensation* est l'extinction qui se fait des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre, par les créances dont elles sont créancières réciproquement

l'une de l'autre : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio ;* L. 1, ff. *de Compens.*

Par exemple, si je vous dois une somme de 500 livres, *putà*, pour cause du prêt que vous m'avez fait de cette somme ; et que d'un autre côté je sois votre créancier de pareille somme de 500 livres, *putà*, pour le loyer de ma maison, qui a couru depuis ; la dette dont je suis tenu envers vous sera éteinte par droit de compensation, par la créance de pareille somme que j'ai contre vous ; et *vice versâ*, la dette dont vous êtes tenu envers moi, sera éteinte par la créance que vous avez contre moi (1).

L'équité de la compensation est évidente : elle est établie sur l'intérêt commun des parties entre qui la compensation se fait. Il est évident qu'elles ont chacune intérêt de compenser, plutôt que d'être obligées à tirer de la poche pour payer ce qu'elles doivent, et à faire des poursuites pour se faire payer ce qui leur est dû.

C'est la raison qu'apporte Pomponius en la loi, ff. *de Compens. Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostrâ potiùs non solvere, quàm solutum repetere.*

Ajoutez que la compensation évite un circuit inutile. *Quod potest breviùs per unum actum expediti compensando, incassùm protraheretur per plures solutiones et repetitiones.* C'est la raison que Balde rend du droit de compensation.

(1) En lisant ce passage de Pothier, tout homme sensé doit comprendre ce que c'est que la compensation et en apercevoir l'utilité ; il serait en effet bien ridicule de dire à Pierre : *Payez les* 500 *fr. que vous devez à Paul,* et de dire ensuite à Paul : *Payez les* 500 *fr. que vous devez à Pierre.* Il est plus simple, plus économique et plus utile que, dans cette situation, chacun garde ce qu'il a, et que libération ait lieu de part et d'autre par l'extinction des deux dettes. *Il vaut mieux,* dit le peuple, *tenir que demander :* et le peuple a raison.

Cependant ceux qui désirent connaître à fond l'origine de la compensation et les pénibles travaux des jurisconsultes romains sur cette matière, pourront lire, avec plus de curiosité que d'utilité, les récents commentaires des *Institutes de Justinien* sur le § 39, *de Actionibus,* lib. 4, tit. 6. Nous leurs dirons : *Qui otio abundant talia sibi negotia sumant.* (Bugnet).

* 2 *Domat (Remy), Des compensations, Liv. 4, Tit. 2, sec. 1, n° 1 et s.* } 1. La compensation est l'acquittement réciproque entre deux personnes qui se trouvent débiteurs l'un de l'autre.

2. L'usage des compensations est nécessaire pour éviter le circuit de deux paiements, s'il fallait que chacun des deux qui compensent payât ce qu'il doit, et puis le reprît pour être payé. Et il est naturel que sans ce détour chacun retienne en paiement de ce qui lui est dû ce qu'il doit de sa part. Ainsi, toute compensation fait deux paiements. (C. civ. 1289, s.)

3. Quoique les dettes réciproques ne soient pas égales pour compenser le tout, la compensation ne laisse pas de se faire de la moindre dette sur la plus grande qui s'acquitte d'autant. (C. civ. 1290.)

4. La compensation étant naturelle, elle a d'elle-même son effet et de plein droit, quoique ceux qui peuvent compenser ne s'en avisent pas, et quand même l'un et l'autre ignoreraient les dettes qu'ils ont à compenser. Car l'équité et la vérité font que chacun d'eux étant en même temps et créancier et débiteur de l'autre, ces qualités se confondent et s'anéantissent. Ce qui a cet effet que, si, par exemple, deux héritiers de deux successions dont ils ne connaîtraient pas encore les biens, se trouvaient en cette qualité réciproquement débiteurs, l'un d'une somme qui produirait des intérêts, et l'autre d'une somme qui n'en produirait point, ces intérêts cesseraient de courir, ou en tout si les dettes étaient égales, ou jusqu'à la concurrence de la moindre dette, et à compter du jour que la dernière dette se trouverait due. (C. civ. 1290.)

5. Il s'ensuit de la règle précédente, qu'entre personnes qui se doivent réciproquement, comme entre un tuteur et son mineur, entre cohéritiers, associés et autres, s'il y a des sommes qui produisent des intérêts, les comptes et les calculs doivent se faire année par année, et de sorte qu'on fasse les compensations et les déductions dans les temps où les sommes se trouvent concourir pour les compenser, afin que les intérêts courent ou cessent de courir, selon les changements que

les compensations et déductions peuvent y apporter. (C. civ. 1296, 1297.)

6. Comme la compensation se fait de droit, il est au pouvoir du juge et de son devoir, dans le cas de demandes respectives entre des parties, de compenser d'office les dettes réciproques dont il y aura lieu de faire la compensation ; soit qu'elle ait cet effet d'acquitter les parties, ou qu'après la compensation, l'une doive être condamnée envers l'autre à quelque surplus. (C. civ. 1289, 1293.)

---

* *C. N.* 1289. } Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

1188. La compensation s'opère de plein droit entre deux dettes également liquides et exigibles, et ayant pour objet une somme de deniers ou une quantité de choses indéterminées de même nature et qualité.

Aussitôt que les deux dettes existent simultanément, elles s'éteignent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs montants respectifs.

1188. Compensation takes place by the sole operation of law between debts which are equally liquidated and demandable and have each for object a sum of money or a certain quantity of indeterminate things of the same kind and quality.

So soon as the debts exist simultaneously they are mutually extinguished in so far as their respective amounts correspond.

---

* *ff. De compensatio., Liv.* 16, *Tit.* 2, *LL.* 7, 10, 11, 12, 22. } *L.* 7. Quod in diem debetur, non compensabitur antequàm dies venit, quanquam dari oporteat.

§ 1. Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio : nec enim rei judicatæ exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente

debito : tunc enim rei judicatæ mihi nocebit exceptio. (ULPIANUS).

L. 10. Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure compensatione negligentiæ facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quæ eadem quantitate æstimatur, compensationem factam videri, et ipso jure invicem liberationem.

§ 1. Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.

§ 2. Quotiens ex maleficio oritur actio, utputà ex causa furtiva, cæterorumque maleficiorum, si de ea pecuniariè agitur, compensatio locum habet. Idem est, et si condicatur ex causa furtiva. Sed et qui noxali judicio convenitur, compensationem opponere potest.

§ 3. In stipulationibus quoque, quæ instar actionum habent, id est, prætoriis, compensatio locum habet : et secundùm Julianum, tam in ipsa stipulatione, quàm in ex stipulatu actione poterit objici compensatio. (ULPIANUS).

L. 11. Cùm alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est à divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas. (ULPIANUS).

L. 12. Idem juris est non solùm in privatis, verumetiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversæ tamen sint usuræ, compensatio nihilominùs locum habet ejus, quod invicem debetur. (ULPIANUS).

L. 22. Si debeas decem milia, aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset. (SCÆVOLA).

Ibidem. }
Trad. de M. Hulot. } *L.* 7. Ce qui est dû sous un certain terme ne pourra pas être compensé avant l'échéance du terme, quoique la chose soit véritablement due avant ce temps.

§ 1. Si le juge n'a pas eu égard à la compensation qu'on a demandée, le créancier conserve son action : car on ne pourrait pas exciper d'un pareil jugement pour se soustraire à

l'action de son créancier. Il n'en serait pas de même si le juge avait refusé la compensation, en décidant qu'il n'était rien dû, puisque ce jugement procurerait une exception contre la partie qui voudrait poursuivre sa dette. (ULPIEN).

L. 10. Si deux associés se sont rendus coupables d'une négligence égale dans les affaires de la société, ils cessent d'être obligés l'un envers l'autre à cet égard. Il faut dire la même chose dans le cas où un associé aura perçu à l'occasion d'une chose commune une certaine somme, et que l'autre se sera rendu coupable d'une négligence estimée à la même somme : la compensation est censée faite, et ils sont libérés de plein droit l'un vis-à-vis de l'autre.

§ 1. Puisque cette compensation se fait de plein droit, si on paye dans un cas où on pouvait compenser, on peut se faire rendre ce qu'on a donné comme payé indûment.

§ 2. Dans les actions qui descendent des délits, comme dans l'action du vol et autres, si l'action ne contient qu'un intérêt pécuniaire, la compensation peut être admise. Il en est de même dans l'action qui poursuit la restitution de la chose volée. La compensation peut encore être opposée par celui contre qui on intente une action noxale.

§ 3. La compensation a également lieu dans les obligations prétoriennes qui produisent une espèce d'action ; et, suivant Julien, elle peut être opposée tant lors de l'obligation même, que lorsqu'on intente l'action à laquelle elle donne lieu (ULPIEN).

L. 11. Lorsqu'une personne doit à une autre une somme sans intérêts, et que celle-ci doit à la première une somme avec intérêts ; suivant une ordonnance de l'empereur Sévère, les intérêts ne sont pas dus pour les sommes que ces deux personnes se doivent respectivement. (ULPIEN).

L. 12. Cette ordonnance a lieu tant à l'égard des particuliers qu'à l'égard du fisc lui-même. Si les dettes portent intérêts de part et d'autre, mais qu'ils soient différents, il y a compensation relativement aux sommes qui sont respectivement dues. (ULPIEN).

L. 22. Si vous êtes obligé à fournir à quelqu'un un esclave, ou dix mille à son choix, cette dette ne pourra être compensée qu'autant que le créancier aura déclaré solennellement quel choix il entend faire. (SCÉVOLA).

---

* *ff. De solution., Liv.* 46, *Tit.* 3, *L.* 7. } 7. Si quid ex famosa causa et non famosa debeatur, id solutum videtur, quod ex famosa causa debetur. Proinde si quid ex causa judicati et non judicati debetur, id putem solutum, quod ex causa judicati debetur : et ita Pomponius probat. Ergo si ex causa quæ inficiatione crescit, vel pœnali debetur, dicendum est id solutum videri, quod pœnæ habet liberationem. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } 7. Si quelque chose est dû et pour une cause qui emporte infamie, et pour une cause qui ne l'emporte pas, on paraît avoir payé pour la cause infamante. C'est pourquoi si l'on doit et en vertu de jugement et pour toute autre cause, je penserais que l'on est présumé avoir payé en exécution du jugement ; et Pomponius est de cet avis. Ainsi lorsque l'on doit pour une cause qui croît par la dénégation, ou pour une cause pénale, il faut dire que l'on paraît avoir payé ce qui libère de la peine. (ULPIEN).

---

2 *Mourlon,* *n*° 1440 *et s.* } 1440.— II. *Des conditions de la compensation légale.*—Elles sont au nombre de trois. Les deux dettes à compenser doivent : 1° avoir pour objet, l'une et l'autre, une somme d'argent ou des choses fongibles de même espèce ; 2° être *liquides ;* 3° être *exigibles.*

1° *Les deux dettes doivent avoir pour objet, l'une et l'autre, une somme d'argent ou des choses fongibles de même espèce.*— La raison de cette première règle est facile à comprendre. Ce qui est vrai du *paiement* l'est également de la *compensation,* puisque la compensation n'est elle-même qu'un paiement double et abrégé : donc, de même qu'un créancier ne peut

pas être contraint de *recevoir*, de même il ne peut pas être contraint de *retenir*, en paiement, une chose *autre que celle qui lui est due.* De là la règle que les dettes qui ont pour objet des choses différentes ne sont point compensables.

Ainsi, la compensation a lieu lorsque les deux dettes ont, l'une et l'autre, pour objet *une somme d'argent ;* ou lorsqu'elles ont, l'une et l'autre, pour objet des choses fongibles *de la même espèce*, par exemple tant de barriques de vin de la même année et du même cru.

Elle n'a pas lieu, au contraire, lorsque les deux dettes ont pour objet des choses fongibles qui ne sont pas de la même espèce, lors, par exemple, que l'une a pour objet dix exemplaires d'un ouvrage, et l'autre dix barriques de vin.

A bien plus forte raison, est-elle impossible lorsque l'une des deux dettes a pour objet une chose déterminée individuellement, un *corps certain.* Votre père m'a légué *son* cheval ; mon père vous a légué *un* cheval, sans dire lequel : la compensation est impossible : car, si vous pouviez me contraindre de retenir en paiement le cheval *in genere* que je vous dois, je recevrais, en réalité, une chose *autre que celle qui m'est due.* Ce qui m'est dû, en effet, ce n'est pas un cheval quelconque, c'est le cheval qui a appartenu à votre père, qu'il m'a légué ; c'est ce cheval, et non un autre, que vous devez me payer. Ce qui le prouve, c'est que, si je vous payais le cheval que je vous dois, vous ne pourriez pas me contraindre à le recevoir à mon tour en paiement.

—En résumé, la loi veut que, par la compensation, les parties soient placées dans la position où elles seraient, si elles avaient, l'une et l'autre, exécuté effectivement leur obligation.

On peut ramener tout ce système à une règle générale bien simple : *Toutes les fois que deux personnes sont réciproquement débitrices l'une de l'autre, et que chacune d'elles pourrait employer à sa propre libération la chose même qu'elle recevrait en paiement, la compensation a lieu ; hors de là elle est impossible.*

1441.— Cependant il existe un cas où, par exception, la compensation a lieu, bien que les deux dettes aient pour ob-

jet des choses *différentes;* un cas où chacun des débiteurs est contraint de retenir en compensation une chose *autre que celle qui lui est due.* Les dettes qui ont pour objet une *somme d'argent* peuvent, en effet, se compenser avec les dettes non contestées qui ont pour objet des *denrées dont le prix est réglé par les mercuriales.*— Vous me devez dix mesures de blé ; les mercuriales constatent que le blé s'est vendu, au dernier marché, 30 fr. la mesure. Je deviens votre débiteur d'une somme de 300 fr. : nos deux dettes sont éteintes par compensation. Ainsi, j'étais créancier d'une quantité de *blé*, et je retiens en paiement *une somme d'argent; une somme d'argent* vous était due, et vous retenez en paiement une quantité de *blé.* La loi a pensé sans doute que l'argent représente les denrées dont le prix est déterminé par les mercuriales, et réciproquement. Et, en effet, rien n'est plus facile que de se procurer du blé avec de l'argent, ou, réciproquement, de l'argent avec du blé.

1441 *bis.*—Cette théorie a donné lieu à une hypothèse fort originale. Je vous vends dix mesures de blé *in genere*, moyennant la somme de 300 fr. Les deux dettes, nées du contrat que nous venons de faire, sont liquides et exigibles ; l'une a pour objet une *somme d'argent*, l'autre *une denrée dont le prix est fixé par les mercuriales* : donc, dès qu'elles sont nées, elles s'éteignent par compensation ; donc nous ne nous devons rien ni l'un ni l'autre ; donc toute vente qui a pour objet des denrées dont le prix est déterminé par les mercuriales aboutit à un résultat négatif !

Comment échapper à ce raisonnement ? Par un argument bien simple ! La compensation est fondée sur l'intention présumée des parties ; or, dans l'espèce, cette intention ne saurait être présumée. On ne peut pas, en effet, admettre que les parties aient eu l'idée bizarre de détruire, par une voie détournée, le contrat qu'elles faisaient ; que chacune d'elles ait eu, en contractant, deux volontés contradictoires, l'une pour faire, l'autre pour défaire le contrat. En d'autres termes, la compensation a pour fondement l'intérêt réciproque des par-

ties ; or, dans l'espèce, leur intérêt est que la compensation n'ait pas lieu.

1442.— 2° *Les deux dettes doivent être liquides.*— Une dette est liquide lorsqu'il est constant qu'il est dû et qu'on sait combien il est dû : *cùm certum est an et quantùm debeatur.*

Il n'est point nécessaire que les dettes soient *reconnues* par les parties : car, si l'un des débiteurs s'avisait de faire une mauvaise contestation, et de soutenir, *contre toute évidence*, qu'il ne doit pas, cette contestation ridicule ne serait pas un obstacle à la compensation. Ainsi, une dette est non *liquide* et, par suite, non susceptible de compensation lorsqu'elle peut donner lieu à une contestation raisonnable et sérieuse : tel est, par exemple, un compte non encore arrêté.

Mais pourquoi les dettes qui ne sont point *liquides* sont-elles incompensables ? En voici, à mon avis, la raison. La compensation est fondée sur l'intérêt commun des parties : elle est donc impossible dès qu'elle serait, si elle avait lieu, préjudiciable à l'une d'elles. Or, lorsque l'une des parties, dont la créance est liquide et exigible, réclame le paiement qui lui est dû, ce serait lui faire préjudice que la renvoyer à une autre époque, sous prétexte que son débiteur est *peut-être* aussi son créancier. Ce serait, en réalité, mettre un terme à une créance exigible, puisque le créancier serait obligé d'attendre, pour obtenir satisfaction, jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur la prétention du débiteur.

1443.— 3° *Les deux dettes doivent être l'une et l'autre exigibles.*— Autrement, celui des débiteurs qui n'est pas tenu de payer actuellement se trouverait, par le fait de la compensation, privé du bénéfice du terme, ou du bénéfice de la condition lorsque son obligation est conditionnelle. Ainsi, les dettes à terme, tant que le terme n'est pas échu, les dettes conditionnelles, tant que la condition est en suspens, ne peuvent pas être opposées en compensation.

Mais remarquons :

1° Que *le terme de grâce* ne fait pas obstacle à la compensation. Ce terme, en effet, n'a été accordé au débiteur qu'à

cause de l'impossibilité où il était de payer immédiatement sans éprouver un grave préjudice ; or, la compensation supprime cette impossibilité, puisqu'elle lui fournit un moyen aussi utile que facile de libération.

2° Que les dettes d'un débiteur failli, quoiqu'elles soient devenues exigibles par l'effet de sa faillite (art. 1188, C. N.: 444, C. comm.), ne peuvent pas être compensées avec les créances exigibles qu'il a sur son créancier. Et la raison en est bien simple. Lorsqu'un débiteur est failli, ses créanciers chirographaires sont payés *au marc le franc :* chacun d'eux reçoit un dividende proportionnel à sa créance. Or, si l'un des créanciers pouvait retenir, en paiement de la somme qui lui est due, la somme qu'il doit lui-même, il recevrait, en réalité, un paiement intégral, tandis que les autres créanciers ne recevraient qu'un simple dividende. On créerait ainsi, à son profit, un privilège qui n'est pas écrit dans la loi !

1444.—Les trois conditions que nous venons d'étudier sont les seules qu'exige la loi. Concluons-en qu'il n'est pas nécessaire, pour que la compensation ait lieu :

1° *Que les deux dettes soient* CONNUES *des débiteurs.*—La compensation, en effet, a lieu *de plein droit*, par la seule autorité de la loi, même à l'insu des parties. Dès que les deux dettes existent simultanément et qu'elles réunissent, l'une et l'autre, les conditions qu'exige la loi, *connues* ou non des parties, la compensation produit son effet ; les deux dettes sont éteintes. Je deviens l'héritier d'une personne à qui vous devez 1,000 fr. ; de votre côté, vous succédez à quelqu'un à qui je dois pareille somme : si les deux dettes sont exigibles, la compensation a lieu lors même que nous ignorons l'un et l'autre l'ouverture des successions auxquelles nous sommes appelés.

2° *Qu'elles soient d'égale valeur.*— Ainsi, lorsque les deux dettes sont inégales quant à leur *quantùm*, la compensation s'opère dans la limite de la plus faible des deux dettes. Vous me devez 1,000 fr. ; je vous en dois 600 : la compensation a lieu jusqu'à concurrence de 600 fr., sauf à moi à vous poursuivre en paiement des 400 fr. dont vous restez mon débiteur.

—Nous trouvons là une exception au principe qu'un créancier ne peut pas être contraint de recevoir des paiements fractionnés (art. 1244). La loi a pensé, d'une part, que les avantages de la compensation étaient supérieurs aux inconvénients qui résultent des paiements fractionnés, et, d'autre part, que le créancier peut facilement obtenir les avantages d'un paiement intégral, s'il exige immédiatement le paiement de la portion de créance qui n'a pas été compensée.

3° *Qu'elles soient payables dans le même lieu.*— Ainsi, une dette payable à Marseille peut être compensée avec une dette payable à Paris, " sauf à faire raison à celui des débiteurs qui y a droit, des frais de la remise." Il se peut, en effet, que, par la compensation, l'une des parties retienne la somme ou la chose en paiement dans un lieu autre que celui où elle avait un intérêt appréciable à la recevoir. Dans ce cas, l'autre partie lui doit compte de l'intérêt qu'elle a, par l'effet de la compensation, manqué d'obtenir. Nous sommes, vous et moi, domiciliés à Paris ; je stipule de vous la somme de 500 fr. *payable à Marseille*, où j'en dois faire emploi ; plus tard, vous devenez mon créancier de pareille somme payable à Paris : si la compensation avait lieu purement et simplement, elle ne me procurerait pas tout l'avantage que m'aurait procuré un paiement effectif de la somme qui m'est due : je serai, en effet, forcé d'envoyer à Marseille la somme que j'y dois employer, et de payer les frais du transport. Partant, vous me devez compte de ces frais. En d'autres termes, chacune des parties doit avoir, par la compensation, tous les avantages que chacune d'elles aurait obtenus par le paiement effectif de sa créance.

4° *Qu'elles aient une cause semblable.*— Ainsi, la dette née d'un contrat de *prêt* peut être compensée avec la dette née d'un contrat de *vente;* une dette née d'un *délit* ou d'un *quasi-délit*, avec une dette née d'un *contrat* ou d'un *quasi-contrat.*— Toutefois, je rappelle que les dettes qui, nées d'un même contrat, sont la cause l'une de l'autre, ne sont point compensables entre elles (voy. le n° 1441 *bis*).

* *Cout. de Paris, art.* 105. } Compensation a lieu d'une dette claire et liquide, à une autre pareillement claire et liquide, et non autrement.

---

* 1 *Ferrière, sur art.* 105 *C. de P.* } Compensation est une exception par laquelle le défendeur poursuivi pour le payement d'une dette, demande qu'elle soit diminuée, ou entièrement éteinte par une autre qui lui est due par le demandeur, *debiti et crediti inter se contributio, l.* 1, *ff. de compensat.* pourvu que celle qui est due soit claire et liquide, *l.* 7 *d. t.*

On appelle une dette claire et liquide, lorsqu'elle se peut demander présentement, et non pas quand elle n'est due que dans un certain temps, ou sous condition. Toutefois si le débiteur d'une somme, auquel aurait été donné terme de payer par le juge, agissait pendant ce terme contre son créancier pour le payement de quelque somme qu'il lui devrait, le créancier en ce cas, pourrait opposer compensation de la somme qui lui serait ainsi due nonobstant le terme accordé, parce que *aliud est diem non venisse, qui fuit obligationi appositus, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis. l. cùm militi § ut ff. de compensat.*

La compensation peut être demandée et alléguée en toute jurisdiction, même dans les cours souveraines par forme d'exception de défenses, sans qu'il soit besoin de lettres royaux. Ce qui se doit entendre, quoique le demandeur auquel la compensation est opposée, ne soit point domicilié dans la jurisdiction du juge du défendeur. Posons pour exemple qu'un marchand de Flandre m'ait vendu une tapisserie 500 liv. et que je sois héritier de son créancier pour de la marchandise à lui fournie pour la somme de 200 liv. sur une reconnaisnaissance qu'il en aurait faite à celui dont je suis héritier, en ce cas, je peux opposer à son action la compensation pour 200 liv., quoique celui duquel je suis héritier, et qui était le créancier de mon créancier, fût sujet à une autre jurisdiction qu'à celle de mon domicile où je suis poursuivi.

La raison est, qu'en ce cas la dette que je compense avec celle pour laquelle je suis poursuivi, est claire et liquide ; ce qui a été introduit pour empêcher la multiplicité des procès, et le tort que recevrait celui qui pourrait opposer la compensation d'une dette liquide ; car étant condamné à payer, et payant en conséquence de sa condamnation, il pourrait avoir une action qui lui serait inutile, son débiteur étant insolvable.

Il faut dire le contraire, quand la dette n'est pas claire et liquide, mais qu'elle est incertaine, comme quand elle est due sous condition, ou qu'elle n'est pas déterminée, comme seraient les dommages et intérêts auxquels un créancier serait condamné : car le débiteur ne pourrait pas opposer cette condamnation à l'action de son créancier, et il ne pourrait pas user de réconvention à l'encontre du demandeur pardevant le même juge pardevant lequel l'action serait intentée, si ce juge n'était le juge du demandeur et du défendeur, suivant l'article qui suit.

La compensation a lieu, quoique ce soit d'une dette qui ne porte point d'intérêts avec une autre qui en porte : mais il y a plusieurs difficultés, si elle a lieu avec une rente constituée ; par exemple, Titius me doit une rente de deux mille liv. de sort principal de cent liv. par chacun an : et je deviens incidemment son débiteur d'une autre somme pareille, moindre ou plus grande : après cinq années, poursuivant Titius pour me les payer, on demande s'il est bien fondé de m'opposer la compensation jusques à concurrence, en sorte que le sort principal de ladite rente ait été compensé *ipso jure*, avec la somme dont je suis devenu son débiteur, et ce jusques à concurrence.

Dumoulin, Mornac et Tronçon tiennent qu'il n'y a pas lieu à la compensation, parce que *nulla est obligatio sortis reddendæ ;* Chopin et Brodeau sont d'avis contraire.

Mornac sur la loi 11, *ff. de compensat.* rapporte un arrêt du 29 mai 1605, qui a jugé suivant son opinion : mais on prétend qu'il s'agissait d'une rente foncière. Brodeau sur cet article *num.* 4, cite un arrêt contraire du mois de décemb. 1607.

La même question a été jugée depuis par deux arrêts ; l'un du 22 mai 1680, et l'autre du 24 janvier 1682, conformément à l'opinion de Mornac, ce qui me paraît sans difficulté, par la raison qu'on ne peut pas compenser une dette exigible avec celle qui ne l'est pas : ainsi elle ne doit pas être estimée claire et liquide.

Voy. *Pothier*, *Oblig.*, n° 538, cité sur art. 1122 et autorités sur art. 1187.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 624 *à* 639. } 624. On peut régulièrement opposer la compensation contre les dettes de toutes les choses qui en sont susceptibles.

Les dettes des choses susceptibles de compensation, sont les dettes d'une certaine somme d'argent, d'une certaine quantité de blé, de vin, et autres choses *fongibles.*

La dette d'une chose indéterminée d'un certain genre, quoiqu'elle ne soit pas du nombre des choses fongibles, est aussi susceptible de compensation.

Par exemple, si, par un marché fait entre nous, vous vous êtes obligé de me donner un cheval *indeterminatè*, sans dire quel cheval ; cette dette d'un cheval, dont je suis créancier par notre marché, est susceptible de compensation ; et si par la suite, avant que j'en eusse été payé, je devenais l'héritier unique d'une personne qui vous aurait légué un cheval *indeterminatè*, et, en cette qualité, votre débiteur d'un cheval, il est évident que vous pourriez m'opposer en compensation cette dette d'un cheval dont je suis débiteur envers vous par le testament de celui à qui j'ai succédé, contre la dette d'un cheval dont vous êtes débiteur envers moi par notre marché

Au contraire, lorsqu'une chose, quoique de sa nature chose fongible, est due comme corps certain et déterminé, la dette n'est pas susceptible de compensation.

Par exemple, si je vous ai acheté les six pièces de vin que vous avez recueillies cette année dans votre vigne de Saint-

Denis, et que, d'un autre côté, avant que vous me les ayez livrées, je sois devenu héritier unique d'une personne qui vous a légué six pièces de vin par son testament, et, en cette qualité, votre débiteur de cette quantité de six pièces de vin, vous ne pouvez pas m'opposer contre la dette de six pièces de vin de votre récolte que je vous ai achetées, celle de six pièces de vin dont je suis débiteur envers vous, et je serai fondé à demander que, sans avoir égard à cette compensation, vous soyez tenu de me livrer les six pièces de votre récolte que je vous ai achetées, aux offres que je ferai de vous donner six autres pièces de vin bon et loyal, telles que je voudrai.

La raison est que la compensation étant un paiement réciproque que se font les deux parties, un créancier ne peut être obligé de recevoir en compensation autre chose que ce qu'il serait obligé de recevoir en paiement ; or, suivant la règle, *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* (*suprà*, n° 530), le créancier d'un corps certain et déterminé ne peut être obligé de recevoir autre chose en paiement que le corps certain et déterminé qui lui est dû ; et l'on ne serait pas recevable à lui offrir en paiement une autre chose, quoique du même genre que le corps certain et déterminé qui lui est dû.

Par la même raison, on ne peut l'obliger à accepter, en compensation de la dette d'un corps certain et déterminé qui lui est dû, la dette de choses d'un même genre dont il est débiteur : la dette d'un corps certain et déterminé, quoique du nombre des choses fongibles, n'est donc pas susceptible de compensation.

Il y a un cas néanmoins auquel la dette d'un corps certain et déterminé pourrait être susceptible de compensation : car, si j'étais votre créancier d'une part indivise d'un corps certain ; *putà*, si vous m'aviez vendu une part indivise que vous aviez dans un certain héritage, et qu'avant que vous me l'eussiez livrée, je fusse devenu l'héritier d'une personne qui était votre débiteur d'une autre part indivise dans le même héritage, vous pourriez opposer contre la dette de la part de cet héritage, dont vous êtes tenu envers moi, la compensation de

la dette d'une part dans le même héritage dont je suis tenu envers vous (1) : Sébast. de Médicis, *Tract. des Compens.*, p. 1, § 3.

626. Pour qu'une dette puisse être opposée en compensation, il faut 1° que la chose due soit du même genre que celle qui fait l'objet de la dette contre laquelle on oppose la compensation : *Compensatio debiti ex pari specie, licèt ex causâ dispari, admittitur :* Paul., *Sent.* II, v. 3.

Par exemple, je peux opposer en compensation d'une somme d'argent que je vous dois, la dette d'une pareille somme d'argent que vous me devez : ces dettes sont *ex pari specie.* Mais je ne puis opposer en compensation d'une somme d'argent que je vous dois, la dette d'une certaine quantité de blé que vous me devez.

La raison est que la compensation étant un paiement, de même que je ne puis payer à mon créancier malgré lui autre chose que ce que je lui dois (*infrà*, n° 630), je ne puis, par la même raison, l'obliger à recevoir en compensation d'une somme d'argent que je lui dois, le blé qu'il me devait : car ce serait l'obliger à recevoir du blé pour de l'argent qui lui est dû, par conséquent à recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû.

Quoiqu'on ne puisse opposer contre la dette d'un corps certain et déterminé, la dette d'une quantité, quoique de choses de même genre, comme nous l'avons vu en l'article précédent, n° 624, *contrà vice versâ*, on peut, contre la dette d'une quantité, opposer la compensation d'un corps certain et déterminé de même genre.

Par exemple, si je suis votre créancier de six pièces de vin de votre récolte que vous m'avez vendues, et en même temps votre débiteur de six pièces de vin *in genere*, qu'une personne à qui j'ai succédé vous a léguées, vous ne pouvez pas m'opposer contre la dette de six pièces de vin que vous m'avez vendues, celle de six pièces *in genere* que je vous dois ; parce

(1) Cette part indivise, comparée aux autres parts, est une quantité et non pas un corps certain. (BUGNET).

qu'il ne vous est pas permis de me payer autre chose que ces six mêmes pièces de vin.

Au contraire, si vous me demandez le paiement des six pièces de vin *in genere* que je vous dois, je puis vous opposer en compensation la dette de six pièces de vin que vous m'avez vendues ; parce que, si vous me les aviez livrées, je pourrais vous les donner en paiement des six pièces de vin que je vous dois (1).

Observez néanmoins que cette compensation *speciei mihi debitæ ad quantitatem*, dépendant de mon choix, elle n'a lieu que du jour que je déclare mon choix, et que j'oppose cette compensation ; au lieu que les compensations qui se font *quantitatis ad quantitatem*, ont lieu dès l'instant que le créancier est devenu débiteur, comme nons le verrons par la suite.

627. Il faut : 2° que la dette qui est opposée en compensation soit une dette dont le paiement soit échu : *Quod in diem debetur, non compensabitur antequàm dies veniat ;* L. 7, ff. *de Compens.*

La raison est évidente. La compensation est un paiement réciproque que les parties se font : or le débiteur de la dette

(1) La compensation, dans ce cas, dépend de la volonté de celui qui était créancier d'objets déterminés, car c'est uniquement dans son intérêt que la compensation légale n'a pas lieu : il peut donc renoncer à cet intérêt : il en serait de même si l'une des deux dettes seulement était exigible, celui qui a terme peut y renoncer et opposer la compensation.

Au surplus, on peut distinguer trois espèces de compensation :

1° Celle qui a lieu par la volonté de la loi ; elle produit ses effets, à l'insu des parties, dès l'instant de la coexistence des deux dettes ; mais il faut pour cela, que, de part et d'autre, se trouvent réunies toutes les conditions pour la validité et l'exigibilité du paiement, chacune des parties a également intérêt à ne rien débourser, plutôt que de payer pour recevoir incontinent. Telle est la compensation *légale*.

2° La compensation *facultative :* elle s'opère par la volonté d'une seule des parties, c'était uniquement dans son interêt que la compensation légale n'avait pas lieu.

3° Enfin la compensation *conventionnelle*, qui peut avoir lieu dans tous les cas puisqu'elle dépend de la volonté commune des parties. (BUGNET).

dont le terme de paiement n'est point encore échu, n'étant point encore tenu de la payer, n'est point encore tenu d'en admettre la compensation contre sa créance.

Le terme de paiement, dont l'échéance est nécessaire pour la compensation, est le terme dont le débiteur jouit de droit, en vertu de la convention.

Il en est autrement d'un terme de grâce qui lui aurait été accordé.

Par exemple, si j'ai fait condamner mon débiteur à me payer la somme de 1,000 livres que je lui ai prêtée ; et que le juge lui ait accordé, par la sentence, terme de trois mois pour la payer ; qu'un mois après cette sentence, ce débiteur étant devenu héritier de mon créancier, à qui je dois pareille somme de 1,000 livres me demande cette somme, je pourrai lui opposer en compensation la dette de 1,000 livres qu'il me doit, quoique le terme de trois mois qui lui a été accordé, ne soit pas expiré : car ce terme n'est qu'un terme de *grâce*, accordé seulement à l'effet d'arrêter la rigueur des contraintes, mais qui ne peut arrêter la compensation ; *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis ;* L. 16, § 1, ff. *de Compens.*

628. Il faut, 3° que la dette qu'on oppose en compensation, soit liquide ; L. *fin.* § 1, Cod. *de Compens.*

Une dette est *liquide* lorsqu'il est constant qu'il est dû, et combien il est dû : *cùm certum est an et quantum debeatur.*

Une dette contestée n'est donc pas liquide, et ne peut être opposée en compensation, à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve à la main, et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement.

Quand même il serait constant qu'il est dû, tant qu'il n'est pas constant combien il est dû, et que la liquidation dépend d'un compte pour lequel il faille une longue discussion, la dette n'est pas liquide, et ne peut être opposée en compensation.

629. Il faut, 4° que la dette soit déterminée. C'est pourquoi si quelqu'un a chargé son héritier de me donner *cent pistoles*

ou ses deux chevaux de carrosse et que je doive pareille somme de cent pistoles à cet héritier, je ne pourrai lui opposer en compensation de cent pistoles que je lui dois, les cent pistoles qui m'ont été léguées, tant qu'il aura le choix des cent pistoles ou des chevaux ; parce que cette somme n'est pas due *determinatè.*

Mais si le testament m'en avait donné le choix, je pourrais opposer la compensation, qui néanmoins n'aurait lieu que du jour que j'aurais fait mon choix (1).

Si debeas decem millia aut hominem, utrum volet adversarius ; ita compensatio admittitur, si adversarius palàm dixisset utrum voluisset ; L. 22.

630. Il faut, 5° que la dette soit due à la personne même qui en oppose la compensation : *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest ;* L. 9, Cod. *eod. tit.*

C'est pourquoi je ne pourrai opposer contre ce que je dois, la compensation de ce que mon créancier doit à mon père, à mes enfants, à ceux dont je suis tuteur, curateur ou administrateur, à ma femme qui est séparée de biens, etc.

Si je suis en communauté avec elle, ce qui lui est dû m'est vraiment dû ; par conséquent je puis l'opposer en compensation.

Papinien, en la loi 18, § 1, ff. *de Compens.*, porte si loin ce principe, qu'il va jusqu'à décider que mon créancier n'est pas obligé d'accepter la compensation de ce qu'il doit à un autre qu'à moi, quoique ce tiers, son créancier, intervienne, et offre de compenser pour moi ce qui lui est dû : *Creditor compensare non cogitur quod alii quàm debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo qui convenitur, proprium debitum velit compensare*

Finge. Vous me faites commandement de vous payer cent livres que je vous dois ; vous devez pareille somme à Pierre, et je vous signifie un acte par lequel Pierre consent que la somme de cent livres que vous lui devez, vienne en compensation de celle que vous me demandez ; et, en conséquence,

(1) C'est la compensation facultative. (BUGNET).

je conclus à la compensation et au gré du commandement dont j'offre les frais.

Papinien prétend que vous n'êtes pas obligé d'accepter cette compensation ; mais Barbeyrac, en ses notes sur Pufendorf, pense avec raison que Papinien a poussé trop loin la subtilité, et que la compensation doit être admise : car, vous étant indifférent de recevoir de moi ou de Pierre les cent livres que je vous dois, il est injuste d'autoriser vos poursuites contre moi pour le paiement de cette somme, lorsque Pierre veut bien que vous receviez cette somme de lui pour moi, en compensation de celle que vous lui devez.

On pourrait concilier Barbeyrac avec Papiñien par une distinction.

Si la somme que je dois à Pierre est égale à celle que vous me devez, je ne puis me dispenser de la compenser à celle que vous me devez, lorsque vous faites intervenir Pierre, qui consent qu'elle vienne en compensation : c'est le cas auquel la décision de Barbeyrac doit être suivie.

Mais si la somme que je dois à Pierre est moindre que celle que vous me devez, quelque offre que fasse Pierre de souffrir que la somme que vous lui devez vienne en compensation de celle que je vous dois, vous n'êtes pas obligé, suivant la décision de Papinien, d'admettre cette compensation, à moins, que je n'offre en même temps de vous payer le surplus : car, autrement, ce serait vous obliger de recevoir votre dette par parties, chose à quoi vous n'êtes pas tenu.

Ce n'est que dans le cas où je suis moi-même votre créancier d'une partie de la somme que je vous dois, que la compensation a lieu, et a la vertu d'éteindre malgré vous ma dette pour partie, et jusqu'à concurrence de la somme que je vous dois.

C'est le concours des qualités de créancier et de débiteur dans les mêmes personnes, qui opère de plein droit cette compensation jusqu'à due concurrence ; personne ne pouvant être véritablement mon créancier, que sous la déduction de

ce qu'il me doit, ni véritablement mon débiteur, que sous la déduction de ce que je lui dois.

Celui qui a les droits cédés d'un créancier, n'est pas, à la vérité, quant à la subtilité du droit, créancier, mais seulement procureur *in rem suam* du créancier.

Néanmoins, comme il est, quant à l'effet, créancier, lorsqu'il a fait signifier son transport au débiteur, il peut opposer la compensation de cette créance au débiteur envers qui il est lui-même débiteur, comme de tout autre dont il serait créancier de son chef : *In rem suam procurator datus si vice mutuâ conveniatur, æquitate compensationis utetur ;* L. 18, ff. *de Compens.*

631. La règle que nous venons d'établir, " que nous ne pouvons opposer la compensation que de ce qui nous est dû à nous-mêmes," reçoit exception à l'égard des cautions.

Celui à qui on demande le paiement d'une somme qu il s'est obligé de payer comme caution d'une autre personne, peut opposer au demandeur la compensation, non-seulement de ce qui lui est dû à lui-même par le demandeur, mais aussi de ce qui est dû par le demandeur au débiteur principal : *Si quid à fidejussore petitur, æquissimum est fidejussorem eligere quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit ;* L. 5, ff *eod. tit.*

La raison est qu'il est de la substance du cautionnement, que la caution ne puisse être obligée à plus que le débiteur principal, et qu'il puisse user, par conséquent, de toutes les mêmes défenses dont pourrait user le débiteur principal (*suprà*, n° 380) : or le débiteur principal pourrait opposer au créancier la compensation de ce que son créancier lui doit ; la caution peut donc aussi opposer la compensation de la même dette.

Il n'en est pas de même *vice versâ ;* le débiteur principal ne peut opposer à son créancier la compensation de ce que son créancier doit à ses cautions.

Un débiteur solidaire peut-il opposer en compensation ce qui est dû à son codébiteur ? Voy. *suprà*, n° 274.

632. Il faut, 6° que la dette qui est opposée en compensation, soit due par la personne même à qui on l'oppose.

Par exemple, si quelqu'un me demande le paiement de ce que je lui dois, je ne pourrai pas lui opposer en compensation ce qui m'est dû par les mineurs dont il est tuteur ; *et vice versâ*, si, en qualité de tuteur, il me demande le paiement de ce que je dois à ses mineurs, je ne pourrai pas lui opposer la compensation de ce qu'il me doit lui-même ; *Id quod pupillorum nomine debetur si tutor petat, non posse compensatione objici ejus pecuniæ quam ipse tutor suo nomine debet;* L. 23, ff. *eod. tit.*

Par la même raison, je ne puis pas opposer à mon créancier la compensation de ce que me doit sa femme, lorsqu'elle est séparée de biens : mais je puis l'opposer, si elle est commune avec lui; parce qu'il est lui-même tenu des dettes de sa femme ; il en est lui-même devenu débiteur par la communauté de biens qu'il a contractée avec elle. Cela a lieu quand même il y aurait clause de séparation de dettes ; à moins qu'il ne justifiât par le rapport d'un inventaire, qu'il ne lui reste aucuns deniers entre les mains des biens de sa femme ; car, sans cela, il est débiteur lui-même de ce qui est dû par sa femme.

On peut, pour notre décision, tirer argument de la loi 19, qui décide qu'on peut opposer au maître, jusqu'à concurrence du pécule de son esclave, la compensation de ce qui est dû par son esclave ; cette dette de l'esclave étant la dette du maître, jusqu'à concurrence du pécule.

Lorsque mon créancier a fait transport à quelqu'un de la créance qu'il avait contre moi, je puis opposer au cessionnaire la compensation, non-seulement de ce qui m'est dû par lui, mais aussi de ce qui m'est dû par son cédant ; pourvu que j'aie commencé à être créancier de son cédant avant la signification ou l'acceptation du transport : car, cette créance n'ayant pu passer plus tôt en la personne du cessionnaire, suivant cette maxime de notre droit français, *Transport ne saisit, s'il n'est signifié;* et ayant par conséquent jusqu'à ce

temps résidé en la personne du cédant ; toutes les créances que j'ai jusqu'à ce temps acquises contre le cédant, ont, par la vertu de la compensation, éteint et diminué de plein droit, jusqu'à due concurrence, celle qu'il avait contre moi, et dont il a fait transport.

Si je ne suis devenu créancier du cédant que depuis la signification du transport, il n'y aura pas lieu à la compensation : car il avait cessé d'être mon créancier par cette signification ; ou s'il l'était, il ne l'était plus que *subtilitate juris, et non juris effectu.*

Quoique je fusse créancier du cédant dès avant le transport, cependant, si, ayant connaissance de ma créance, j'ai néanmoins accepté purement et simplement le transport, je suis censé avoir, par mon acceptation pure et simple, renoncé à la compensation, et je ne pourrai l'opposer au cessionnaire qui a compté sur mon acceptation ; sauf à moi à exercer ma créance contre le cédant. C'est ce qui a été jugé par des arrêts cités par Despeisses.

633. Suivant les principes du droit romain, je puis vous opposer en compensation de ce que vous me devez ici, la somme que vous me devez, et qui est payable en un autre lieu, en vous faisant raison du coût de la remise du lieu où elle était payable, en celui-ci ; L. 15, ff. *de Compens.*

Le créancier, suivant les principes du droit romain, ayant l'action *de eo quod certo loco*, pour obliger son débiteur à payer où il se trouvait, la somme qui était payable ailleurs, en lui tenant compte du coût de la remise, c'était une conséquence qu'il pût pareillement l'obliger à la compenser.

Mais cette action *de eo quod certo loco* n'étant pas d'usage parmi nous, et le créancier ne pouvant exiger le paiement d'une somme payable en certain lieu, ailleurs qu'au lieu où elle est payable (*suprà*, n° 239), il semblerait qu'on en devrait conclure qu'il ne pourrait l'opposer en compensation de ce qu'il doit en un autre lieu : néanmoins Domat (p. 1, l. 4, t. 2, sect. 2, n° 8) estime qu'on doit admettre cette compensation, en faisant raison de la valeur de la remise.

Cela paraît assez équitable, la compensation étant très favorable.

634. Il est évident que je ne puis vous opposer en compensation de ce que je vous dois, le sort principal d'une rente constituée que vous me devez, mais seulement les arrérages qui en sont échus ; car le sort principal d'une rente n'est pas proprement dû, il n'est que *in facultate luitionis.*

635. La compensation se fait de plein droit : *Placuit id quod invicèm debetur* IPSO JURE *compensari ;* L. 21, ff. *de Compens.*

Il y avait néanmoins à cet égard de la différence dans l'ancien droit romain, entre les dettes qui procédaient des contrats *bonæ fidei*, et celles qui procédaient des contrats *stricti juris.* Cette différence a été abrogée par la constitution de Justinien, en la loi *fin.* Cod. *dict. tit. Compensationis ex omnibus actionibus* IPSO JURE *fieri sancimus ; eâd.* L.

Lorsqu'on dit que la compensation se fait *de plein droit*, *ipso jure*, cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même opposée par aucune des parties.

Aussitôt que celui qui était créancier d'une personne devient son débiteur d'une somme ou autre quantité susceptible de compensation avec celle dont il était créancier ; *et vice versâ*, aussitôt que celui qui était débiteur d'une personne devient son créancier d'une somme susceptible de compensation avec celle dont il était débiteur ; la compensation se fait, et les dettes respectives sont dès lors éteintes jusqu'à due concurrence, par la seule vertu de la loi de la compensation.

Cette interprétation est conforme à l'explication que tous les lexicographes donnent à ces termes, *ipso jure.*— IPSO JURE *fieri dicitur*, dit Brisson, *quod ipsâ legis potestate et auctoritate, absque magistratûs auxilio et sine exceptionis ope fit...—Verba* IPSO JURE, dit Spigelius, *intelliguntur sine facto hominis.*—IPSO JURE *consistere dicitur*, dit Pratejus, *quod ex solà legum potestate et auctoritate, sine magistratûs operâ consistit.*

Notre principe, " que la compensation éteint les dettes respectives *ipsâ juris potestate*, sans qu'elle ait été opposée, ni

prononcée, est établi non-seulement par les termes d'*ipso jure*, dont se servent les lois, termes auxquels on ne peut donner un autre sens, mais encore par les effets que les textes de droit donnent à la compensation.

Par exemple, Paul, sent. 11, 5, 3, dit que, si mon créancier me demande la somme entière dont il était créancier, sans m'offrir la déduction de celle dont il est devenu mon débiteur, il encourt par cette demande la peine de la plus-pétition : *Si totum petat, plus petendo causa cadit:* ce qui suppose évidemment notre principe, savoir, qu'avant que j'aie opposé au créancier la compensation, la dette dont il était devenu mon débiteur, avait déjà diminué et éteint sa créance jusqu'à due concurrence ; autrement il ne serait pas dans le cas de la plus-pétition.

Les autres effets de la compensation, qu'on rapportera ci-après, établissent pareillement notre principe.

A l'égard des textes de droit qu'on a coutume d'opposer contre notre principe, dans lesquels il est parlé de la compensation opposée contre la demande d'un créancier, et des compensations admises ou rejetées par le juge, ils ne décident rien contre notre principe, et on n'en doit pas conclure que la compensation doit être opposée ou prononcée, pour qu'elle puisse avoir lieu.

Il est vrai que, si celui qui était mon créancier d'une certaine somme, et qui depuis est devenu mon débiteur d'autant, forme une demande contre moi pour le paiement de cette somme, je serai obligé, pour me défendre de sa demande, de lui opposer la compensation de la somme dont il est devenu mon débiteur ; sans cela, le juge qui verrait son titre de créance, et qui ne peut pas deviner la créance que j'ai de mon côté contre lui, ne manquerait pas de faire droit sur sa demande.

C'est pour cela qu'il est fait mention dans ces textes, de compensations opposées par une partie, admises ou réprouvées par le juge.

Mais on ne peut point du tout en conclure que la dette n'ait

pas été acquittée par la compensation, dès avant que je l'aie opposée.

Je ne suis obligé d'opposer la compensation que pour instruire le juge que la compensation s'est faite ; de même que, lorsque quelqu'un me demande une dette que j'ai payée, je suis obligé, pour instruire le juge, d'opposer et de rapporter les quittances.

On a coutume d'opposer encore contre notre principe la loi 6, *de Compens.*, où la compensation est appelée *mutua petitio;* ce qui semblerait supposer que les actions respectives des parties subsistent avant que le juge ait prononcé la compensation.

La réponse est que ce n'est que dans un sens très impropre que la compensation opposée par le défendeur est appelée *mutua petitio* dans cette loi ; ce qui signifie autre chose que la simple allégation de la créance respective que le défendeur avait contre le demandeur, et par laquelle celle du demandeur a été éteinte.

Notre réponse est fondée sur la loi 21, ff. *de Compens.*, où il est marqué expressément que celui qui allègue la compensation, ne forme pas une demande respective, mais se défend seulement de celle qui est donnée contre lui, en faisant connaître qu'elle ne procède pas jusqu'à concurrence de la somme opposée en compensation.

Postquàm placuit inter omnes, dit cette loi, *id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere* (pour être admis à alléguer la compensation, comme il y serait obligé s'il formait une demande ou reconvention), *quia nihil compensat, sed ab initio minùs ab eo petitur;* c'est-à-dire, *non ipse compensat, non ipse aliquid mutuo petit, sed allegat compensationem ipso jure factam, quæ ab initio jus petitoris ipso jure minuit.*

636. Les effets de la compensation sont des conséquences du principe que j'ai établi.

Ces effets sont : 1° que, si mon créancier à qui j'ai donné des effets en nantissement, est devenu mon débiteur, je puis

répéter lesdits effets, en lui offrant seulement ce que je lui dois de plus qu'il ne me doit ; la compensation qui se fait de nos dettes respectives jusqu'à due concurrence, tenant lieu de paiement du surplus. C'est la décision de la loi 12, Cod. *de Compens.*

2° Si vous aviez contre moi une créance d'une certaine somme d'argent qui produisait des intérêts par sa nature, et que vous fussiez depuis devenu mon débiteur d'une somme d'argent ; quoique ma créance ne fût pas de nature, comme la vôtre, à produire des intérêts, néanmoins ma créance sera censée, par la vertu de la compensation, avoir acquitté la vôtre jusqu'à due concurrence, du jour que vous en êtes devenu débiteur ; et dès ce jour les intérêts jusqu'à due concurrence auront cessé d'en courir.

Par exemple, si vous étiez mon créancier d'une somme de 1,000 livres pour le prix d'un héritage que vous m'aviez vendu et livré, et que depuis vous fussiez devenu unique héritier de Pierre, qui me devait une somme de 800 liv. pour cause d'un pur prêt ; du jour que vous êtes devenu héritier de Pierre, et en cette qualité mon débiteur de cette somme de 800 livres, c'est-à-dire, du jour de la mort de Pierre, votre créance de 1,000 livres est censée avoir été dès ce jour acquittée, jusqu'à la concurrence de ladite somme de 800 liv., et ne plus subsister que pour les 200 livres restant ; et dès ledit jour les intérêts auront cessé de courir, si ce n'est pour ladite somme restant de 200 livres.

C'est ce qui est décidé par la constitution de Septime Sévère, suivant ce que rapporte Ulpien : *Quum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est à divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas ;* L. 11, ff. *de Compens.*

La même décision se trouve en la constitution d'Alexandre : *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utrâque parte debetur utique quoad concurrentes quantitates, ejusque*

solius quoad amplius apud alterum est usuræ debentur, L. 4, Cod. *eod. tit.*

Cet effet de la compensation n'a lieu que dans les compensations ordinaires, *quantitatis certæ ac determinatæ ad certam ac determinatam quantitatem*, lesquelles se font de plein droit: mais dans les compensations qui n'ont lieu que du jour qu'elles sont opposées, les intérêts ne doivent cesser de courir que de ce jour.

Par exemple, si vous étiez mon créancier d'une somme de 1,000 livres pour le prix d'un héritage que vous m'avez vendu, et qui portait par conséquent des intérêts, et que depuis vous fussiez devenu héritier unique de Pierre, qui m'a légué " deux chevaux de carrosse, ou une somme de 1,000 livres à mon choix ; " les intérêts de la somme de 1,000 livres que je vous dois, ne cesseront pas de courir du jour de la mort de Pierre, qui est le jour auquel vous êtes devenu le débiteur du legs qu'il m'a fait ; ils ne cesseront de courir que du jour que j'aurai déclaré que je choisissais la somme de 1,000 liv. pour mon legs : ce n'est que de ce jour que la compensation se fait de cette somme avec celle que je vous dois, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, n° 629.

637. 3° Quoique mon créancier ne puisse être obligé de recevoir pour partie le paiement réel que je voudrais lui faire (*suprà*, n° 534) ; cependant s'il est devenu mon débiteur d'une somme moindre que celle que je lui dois, il est obligé de souffrir l'acquittement partiel de sa créance, qui se fait, en ce cas, par la vertu de la compensation, suivant qu'il résulte des lois ci-dessus rapportées.

638. 4° Si j'étais votre débiteur de 3,000 livres pour trois différentes causes, et que depuis je fusse devenu votre créancier de la somme de 1,000 livres, la compensation de la créance de 1,000 livres que j'ai acquise contre vous, doit se faire avec celle des trois dettes dont j'ai le plus d'intérêt d'être acquitté.

La raison est que la compensation tenant lieu de paiement, de même que dans les paiements l'imputation se fait sur celle

des dettes que le débiteur a le plus d'intérêt d'acquitter (*suprà*, n° 567), la compensation doit pareillement se faire sur celle des dettes qu'il a le plus d'intérêt d'acquitter.

Cette décision n'a lieu que lorsque les différentes dettes dont j'étais votre débiteur, ont toutes précédé la créance que j'ai depuis acquise contre vous ; mais si, étant votre débiteur d'une somme de 1,000 liv., je suis devenu depuis votre créancier de pareille somme, et que j'aie depuis contracté une nouvelle dette envers vous ; quoique ce fût une dette dont j'eusse plus d'intérêt d'être acquitté que de la première, néanmoins vous pourrez m'en demander le paiement, sans que je puisse vous opposer la compensation de la créance que j'ai acquise ; cette créance ayant été éteinte aussitôt que je l'ai acquise, par la compensation qui s'est faite de plein droit de cette créance avec la première que vous aviez contre moi ; Tindarus, *Tract. de Compens*, art. 7, *in fin. ;* Sebast. Medicis, p. 2, § 12.

639. Si celui qui était mon créancier d'une certaine somme, est devenu depuis mon débiteur d'autant, et que, nonobstant la compensation qui a éteint de plein droit nos créances respectives, je l'aie payé, je répéterai la somme que je lui ai payée, comme non due, par l'action qu'on appelle *condictio indebiti.*

C'est ce que décide Ulpien en la loi 10, § 1, ff. *de Compens. Si quis compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.*

Ce texte prouve bien démonstrativement le principe que nous avons établi, " que la compensation se fait de plein droit, et éteint par la seule vertu de la loi les dettes respectives des parties, sans qu'elle ait été opposée par aucune des parties, ni prononcée par le juge ; " autrement dans cette espèce, dans laquelle, lorsque j'ai payé, la compensation n'avait été ni opposée ni prononcée, on ne pourrait pas dire que j'aie payé ce que je ne devais plus.

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des Compensat.*, *Liv.* 4, *Tit.* 2, *sec.* 2, *n°* 1 *et s.* } 1. La compensation ne peut se faire qu'entre les personnes qui se trouvent avoir en leurs noms la double qualité de créancier et de débiteur. Et si un débiteur exerce contre son créancier un droit qui ne soit pas à lui, comme fait un tuteur qui demande la dette due à son mineur, ou un procureur constitué qui poursuit le débiteur de celui qui l'a proposé, il ne se fera pas de compensation de ce que ce tuteur ou ce procureur pourraient devoir en leurs noms à ce débiteur. (C. civ. 1289.)

Le mandataire ne peut compenser, avec ce qui lui est dû par son commettant, le montant d'un billet à ordre que celui-ci l'a chargé de recevoir au nom du tiers porteur, lorsque ce tiers a fait un endossement direct au profit du mandataire, qui n'ignorait pas d'ailleurs que l'effet n'appartenait point à son commettant. Lorsque le mandataire qui négocie une traite, au nom et dans l'intérêt du propriétaire, est personnellement débiteur de celui auquel il l'a négocié, ce dernier ne peut en retenir la valeur par compensation avec ce que lui doit ce mandataire, quand l'endossement a été fait directement par le propriétaire, et que le créancier ne pouvait ignorer que la traite n'était pas la propriété de son débiteur.

2. Ce n'est pas assez, pour faire une compensation, qu'il y ait une dette de part et d'autre, mais il faut de plus que l'une et l'autre de ces dettes soit claire et liquide, c'est-à-dire certaine et non sujette à contestation. Ainsi, on ne peut pas compenser avec une dette claire et liquide une dette litigieuse, ni une prétention qui ne soit pas réglée. Mais c'est de la prudence du juge que dépend le discernement de ce qui est liquide et de ce qui ne l'est pas. Et comme il ne doit pas différer la condamnation d'une dette liquide par une demande d'une compensation qui obligerait à une longue discussion, et qu'une telle demande doit être réservée pour être jugée dans la suite, il ne doit pas aussi refuser un délai modique pour cette discussion, si elle se peut faire aisément et en peu de temps. (C. civ. 1289, 1291, 1292, s.)

Lorsqu'un créancier ayant un droit d'hypothèque sur un immeuble, succède à celui qui a garanti le détenteur de l'immeuble de l'effet de cette hypothèque, il s'opère, dans la personne du créancier, une confusion de

droits qui, d'une part, éteint le droit d'hypothèque du créancier, et de l'autre le libère de la garantie promise par son auteur. Il peut, en conséquence, demander la radiation de l'inscription prise sur les biens de son auteur par le détenteur de l'immeuble.

3. Il faut mettre au nombre des dettes qui n'entrent point en compensation, celles qui, quoique paraissant d'elles-mêmes claires et liquides, peuvent être annulées par quelque exception que le débiteur peut y opposer. Ainsi, celui qui doit à un mineur ne compensera pas ce que ce mineur lui devra par une obligation dont il pourra être relevé.

4. Les dettes, dont le terme n'est pas échu, ne se compensent pas avec celles qui sont dues sans terme, ou qui sont échues. Et les dettes conditionnelles dont l'effet dépend de l'événement d'une condition, ne peuvent se compenser qu'après que la condition sera arrivée. (C. civ. 1289, 1297.)

---

* *C. N.* 1290, " 1291. } 1290. La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

1291. La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles.

Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.

1189. Le terme de grâce accordé pour le paiement de l'une des dettes n'est point un obstacle à la compensation.	1189. Compensation is not prevented by a term granted by indulgence for the payment of one of the debts.

* *ff. De compensat.*, *Liv.* 16, *Tit.* 2, *L.* 16, § 1. } § 1. Cùm intra diem ad judicati exsecutionem datum, judicatus Titio, agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi judicatus est, compensatio admittetur : aliud est enim diem obligationis non venisse : aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis. (PAPINIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 1. Si un débiteur, condamné à payer une somme à Titius dans les délais qui sont accordés pour l'exécution du jugement, actionne le même Titius pour qu'il lui paye une somme à laquelle il a été condamné envers lui antérieurement au jugement, celui-ci peut lui opposer la compensation ; et qu'on ne dise pas que la dette du premier débiteur n'est point encore exigible à cause des délais qu'il a pour exécuter le jugement : car autre chose est qu'une dette ne soit pas exigible ou qu'un créancier ait l'indulgence et l'humanité d'accorder un certain délai pour faciliter le paiement. (PAPINIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *nos* 232-3. } 232. Cet effet du terme, " d'empêcher le créancier d'exiger la dette jusqu'à ce qu'il soit expiré " est commun au terme de droit et au terme de grâce.

Le *terme de droit* a un autre effet qui lui est particulier, savoir, qu'il empêche la compensation de la dette, jusqu'à ce qu'il soit expiré.

Par exemple, je vous ai prêté au premier janvier 1780, mille écus que vous vous êtes obligé de me payer au premier janvier 1781. Depuis, vous êtes devenu héritier de mon créancier d'une pareille somme de mille écus que je dois sans terme. Vous me demandez le paiement de cette somme au mois de juillet 1780 : je ne pourrai vous opposer en compensation la dette de mille écus que vous me devez, payable au premier janvier 1781 ; car la compensation étant un paiement, ce serait de ma part vouloir vous obliger à me payer avant le terme, ce qui est contre la teneur de la convention.

Il n'en est pas de même du *terme de grâce*: il arrête bien les poursuites du créancier, mais il n'exclut pas la compensation.

Par exemple, je vous ai prêté au premier janvier 1780, mille écus payables à volonté, et vous avez obtenu du prince ou du juge, terme jusqu'au premier janvier 1781 : si, parce que vous êtes devenu héritier de mon créancier d'une pareille somme, vous me la demandez au mois de juillet 1780, le terme de grâce qui vous a été accordé n'empêchera pas que je ne puisse vous opposer la compensation de pareille somme que vous me devez. Ce terme de grâce n'a d'effet que pour arrêter les poursuites de rigueur, et non pas pour arrêter la compensation : *Aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis;* L. 16, § 1, ff. *de Compens.*

233. Il nous reste à observer touchant l'effet du terme, qu'étant présumé apposé en faveur du débiteur (L. 17, ff. *de Reg. jur.*) le débiteur peut bien se défendre de payer avant l'expiration du terme ; mais le créancier ne peut se défendre de recevoir, si le débiteur veut payer (L. 70, *de Solut.;* L. 17, *de Regul. juris*) ; à moins qu'il ne paraisse par les circonstances, que le temps du paiement a été convenu en faveur du créancier, aussi bien qu'en faveur du débiteur.

---

* *Lamoignon, Arrêtés,* *Tit.* 28, *art.* 5. } Si la dette est pure et simple en son origine, et que le débiteur ait obtenu du créancier, ou en justice, un délai de payer, le délai ne peut empêcher la compensation.

Voy. autorités sur arts. 1187, 1188.

---

* *C. N.* 1292. } Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation.

[ARTICLE 1190.]

1190. La compensation a lieu quelle que soit la cause ou considération des dettes, ou de l'une ou de l'autre, excepté dans les cas :

1. De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ;

2. De la demande en restitution d'un dépôt ;

3. D'une dette qui a pour objet des aliments insaisissables.

1190. Compensation takes place whatever be the cause or consideration of the debts or of either of them, except in the following cases :

1. The demand in restitution of a thing of which the owner has been unjustly deprived ;

2. The demand in restitution of a deposit ;

3. A debt which has for object an alimentary provision not liable to seizure.

---

* *Cod. De Compensat., Liv.* 4, *Tit.* 31, *LL.* 3, 14. } *L.* 3. In ea quæ reipublicæ te debere fateris, compensari ea quæ invicem ab eadem tibi debentur, is cujus de ea re notio est, jubebit : si neque ex calendario, neque ex vectigalibus, neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum, neque alimentorum, neque ejus qui statutis sumptibus servit, neque fideicommissis civitatis debitor sis. (ALEXANDER)

L. 14. Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel in personalibus actionibus inter se observanda.

§ 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare : satis enim miserabile est, post multa fortè variaque certamina, cùm res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte quæ jam penè convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant, nec molli animo eas sus-

cipiant : sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent : litem autem pristinam jam penè expeditam, sententia terminali componant : excepta actione depositi secundùm nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.

§ 2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus, compensatio non datur. (JUSTINIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. P. A. Tissot. } *L.* 3. Le juge compétent ordonnera que ce qui vous est dû par la république soit compensé avec ce que vous confessez lui devoir ; pourvu que vous ne soyez pas débiteur *ex calendario*, ou par suite des tributs, des contributions en huile, en froment et aliments, ou des contributions affectées aux dépenses réglées, ou à cause des fidéicommis d'une ville. (ALEXANDRE).

L. 14. Nous ordonnons que la compensation ait lieu de plein droit, pour toute sorte d'actions, sans distinction des actions réelles ou des actions personnelles.

§ 1. Nous permettons d'opposer la compensation, lorsque la créance offerte en paiement est liquide, non environnée de beaucoup de difficutés, et susceptible d'être jugée facilement : car il est assez injuste que lorsque l'affaire a été prouvée après beaucoup de discussions diverses, l'autre partie, qui est presque convaincue, puisse opposer la compensation à une dette certaine et indubitable, et exclure l'espérance d'une condamnation par des difficultés moratoires. C'est pourquoi nous recommandons aux juges de n'être pas trop faciles à admettre les compensations, et de ne pas les admettre avec indifférence, mais d'agir avec rigueur, s'ils s'aperçoivent que les compensations proposées exigent de grandes et longues recherches ; nous ordonnons qu'on réserve la décision d'une telle affaire à un autre jugement, et que l'ancienne affaire, presque entièrement instruite, soit terminée par une sentence définitive. Nous exceptons des actions qui sont susceptibles de compensation, l'action du dépôt, à laquelle, d'après ce que nous avons déjà disposé, on ne peut opposer la compensation.

§ 2. Ceux qui ont usurpé une propriété appartenante à d'autres, ne peuvent pas non plus opposer la compensation. (JUSTINIEN).

---

* *ff. Deposit. vel contra, Liv.* 16, *Tit.* 3, *L.* 25, § 1. } § 1. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuros quoque judicio depositi condemnandus est. (PAPINIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } § 1. Celui qui, ayant reçu en dépôt une somme qui était dans un sac non cacheté, sous la condition de rendre une pareille somme, l'emploie à son usage, doit être condamné, en vertu de l'action du dépôt, à payer les intérêts de cette somme du jour qu'il est en demeure de les rendre. (PAPINIEN).

---

* *ff. De adgnos. lib., Liv.* 25, *Tit.* 3, *L.* 4. } 4. Necare videtur, non tantùm is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis misericordiæ causa exponit, quam ipse non habet. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } 4. Des parents donnent la mort à des enfants, non-seulement en les étouffant dans leur sein, mais encore en les abandonnant après qu'ils sont nés, en leur refusant des aliments, en les exposant dans des lieux publics à la compassion des passants, pendant qu'ils n'ont eux-mêmes aucun sentiment de pitié. (PAUL).

---

* *Cod. Depositi vel contra, Liv.* 4, *Tit.* 34, *L.* 11. } 11. Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum : eas volenti ei qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur : nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam prætendens : cùm non sub hoc modo de-

positum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis præpeditio oriatur, sed depositæ quidem res vel pecuniæ ab utraque parte quam celerrimè sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit : et posteà legitimæ actiones integræ quoque ei reserventur. Quod obtinere (sicut jam dictum est) oportet, et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita : ut integra omni legitima ratione servata, depositæ res vel pecuniæ prima fronte restituantur. (JUSTINIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. P. A. Tissot. } 11. Si quelqu'un ayant reçu de l'argent ou d'autres choses à titre de dépôt, refuse de les rendre à celui qui les a déposées et qui les réclame, qu'il soit forcé par tous les moyens de droit de les rendre incontinent ; qu'il ne lui soit point permis d'opposer une compensation, une déduction ou une exception de dol, sous le prétexte qu'il a lui-même contre celui qui a fait le dépôt des actions personnelle ou *in rem* ou hypothécaire ; parce qu'il n'a pas reçu le dépôt sous la condition qu'il pourrait le retenir en paiement de ce qu'il prétend lui être dû, et qu'un contrat qui naît de la bonne foi se termine en perfidie. La compensation n'est pas même un obstacle à la restitution du dépôt, quand même les deux parties seraient réciproquement dépositaires l'une de l'autre ; mais que dans ce cas l'argent ou les choses déposées par l'une et par l'autre des parties soient promptement et sans retard restituées, à commencer par celui qui le premier l'a désiré, et qu'ensuite ses actions lui soient rendues dans leur intégrité : ce qui doit avoir lieu, comme il a déjà été dit, lorsque le dépôt ayant été fait par l'une des parties, l'autre oppose la compensation, afin que chacun conservant d'ailleurs ses droits dans toute son intégrité, l'argent ou les choses déposées soient restituées à la première réquisition. (JUSTINIEN).

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 625. } 625. Lorsque la chose due est susceptible de compensation, on peut opposer la compensation contre la dette de cette chose, de quelque cause que cette dette procéde.

On peut l'opposer même contre la dette d'une somme due en vertu d'une condamnation judiciaire ; L. 2, Cod. *de Compens.*

Il y a néanmoins quelques dettes contre lesquelles le débiteur n'est écouté à proposer aucune compensation.

1° En matière de spoliation, on ne peut opposer aucune compensation contre la demande de la restitution des choses dont quelqu'un a été dépouillé, suivant cette maxime si connue : *Spoliatus ante omnia restituendus.* Voy. Sébast. de Médicis, *Tract. de Compens.*, p. 2, § 28.

2° Un dépositaire n'est admis à opposer aucune compensation contre la demande qui lui est faite pour la restitution du dépôt qui lui a été confié ; *In causâ depositi compensationi locus non est.* Paul, sent. 11, 12, 13.

Ce texte de Paul doit être entendu principalement du dépôt irrégulier, tel que celui dont il est parlé dans les lois 24, 25, § 1 ; et 26, § 1, ff. *Depos.*, par lequel on donne en garde à quelqu'un une somme d'argent, pour la mêler avec d'autres sommes qui sont déposées par d'autres personnes, et rendre, non les mêmes espèces, mais la même somme.

Si le dépôt était un dépôt ordinaire, tel que celui d'un sac d'argent cacheté et étiqueté, il n'y aurait pas lieu à la compensation, non pas seulement parce que c'est un dépôt, mais par la règle générale, " que les dettes de corps certains n'en sont pas susceptibles."

Le dépositaire ne peut, à la vérité, opposer contre la restitution du dépôt qui lui est demandée, la compensation des créances qu'il aurait contre celui qui le lui a confié, lorsque ces créances ont une cause étrangère au dépôt ; mais lorsque la cause pour laquelle le dépositaire est créancier de celui qui lui a confié le dépôt, procède du dépôt même, comme lorsqu'il est créancier pour les dépenses qu'il a été obligé de faire pour la conservation du dépôt, non-seulement il a, en ce cas,

le droit de compensation, lorsque le dépôt est un dépôt irrégulier ; mais même, lorsque c'est un corps certain qui est l'objet du dépôt, il a le droit de le retenir, *quasi quodam jure pignoris*, jusqu'à ce qu'il soit payé de sa créance. C'est la décision commune aux docteurs cités par Sébast. de Médicis, *Tract. de Compens.*, p. 1, § 19.

C'est suivant ce principe que les receveurs des consignations retiennent sur les sommes consignées, les droits de consignations attribués à leurs offices.

3° La dette d'une somme qui m'a été donnée ou léguée pour servir à mes aliments, et avec la clause " qu'elle ne pourrait être saisie par mes créanciers," est une dette contre laquelle on ne peut m'opposer aucune compensation : car, de même que cette clause empêche qu'elle ne puisse être saisie par des tiers, et qu'elle ne puisse être employée au paiement de ce que je devrais à des tiers, elle empêche, par la même raison, que cette somme ne puisse, par le moyen de la compensation, être employée au paiement de ce que je devrais à celui qui en est le débiteur.

Sébast. de Médicis, *Tract. de Compens.*, p. 1, § 14, apporte une autre raison de cette décision : savoir, que les aliments étant une chose nécessaire à la vie, ce serait une espèce d'homicide que commettrait celui qui est chargé de les fournir, s'il les refusait, sous quelque prétexte que ce fût, même de compensation : *Necare videtur qui alimenta denegat;* L. 4, ff. *de Agnosc. liber.*

On a mis autrefois en question, si le débiteur qui s'est obligé par serment au paiement de la dette, peut, dans le for de la conscience comme dans le for extérieur, opposer la compensation de ce qui lui est dû par son créancier.

Plusieurs docteurs, surtout des canonistes, ont tenu la négative, par une raison frivole, que le serment doit être accompli *in formâ specificâ.*

L'opinion de ceux qui tiennent l'affirmative est la meilleure.

Le serment ajouté à une obligation, ne sert à autre chose qu'à rendre plus coupable le débiteur lorsqu'il y contrevient,

et à le porter, par la crainte de se rendre coupable de parjure, à n'y pas contrevenir : mais l'obligation, quoique confirmée par serment, demeure la même, et le serment ne peut empêcher qu'elle ne puisse être acquittée par toutes les manières dont les obligations peuvent être acquittées, et conséquemment par la compensation ; Seb. Medicis, *Tract. de Comp*, p. 2, § 25.

On peut opposer la compensation non-seulement contre des dettes qui sont dues à des particuliers, mais même contre les dettes qui sont dues à des villes, ou à des corps ou communautés.

La loi 3, Cod. *de Compens.*, excepte néanmoins certaines espèces de dettes dues aux villes, contre lesquelles elle ne permet au débiteur d'opposer aucune compensation de ce que la ville lui devrait.

La loi 1, Cod. *eod. tit.*, admet la compensation, même contre le fisc, pourvu néanmoins que tant la dette dont on se défend par la compensation, que celle qu'on oppose en compensation, dépendent l'une et l'autre de la même régie ou bureau : *Rescriptum est compensationi in causâ fiscali locum esse, si eadem statio quid debeat quæ petit: de Leg.* 1°.

Par exemple, je ne pourrais pas opposer en compensation de ma capitation que je dois à Orléans, les arrérages de rente qui me sont dus sur les tailles de Paris.

---

2 *Mourlon*, n° 1445 *et s.* } 1445.—III. *Exceptions au principe que la compensation a lieu* QUELLES QUE SOIENT LES CAUSES DE L'UNE ET L'AUTRE DES DETTES.

La compensation n'a pas lieu dans le cas :

1° "*D'une dette qui a pour objet des aliments déclarés insaisissables*," ou, plus généralement (car le motif est le même), *des choses insaisissables* (voy., dans l'art. 581, C. pr., quelles choses sont insaisissables). Celui qui a dans ses biens une créance de choses *insaisissables* n'en peut pas être dépouillé par ses créanciers ; ils n'ont pas le droit de la saisir et de la

faire vendre pour se payer sur le prix en provenant. Il en résulte que, si le créancier est de son côté débiteur de celui qui doit ces choses, ce dernier ne peut pas plus les retenir en compensation qu'il ne peut les saisir : car cette retenue aurait les mêmes résultats qu'une saisie, qu'un paiement forcé.

1446.— " 2o *De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.*" *Spoliatus antè omnia restituendus.*— Cette seconde exception a été introduite en haine des voleurs, et surtout afin d'empêcher les entreprises des créanciers qui se font justice par eux-mêmes. Vous me devez une somme de 1,000 fr.; je sais que vous tenez caché l'argent que vous pourriez employer à vous libérer envers moi ; je vais chez vous, et je vous l'enlève ; puis, sur votre demande en restitution, je vous oppose la compensation : la loi rejette ma prétention ; elle veut que je restitue la somme dont je vous ai dépouillé, sauf à me faire payer, si je le puis, et par les voies ordinaires, la somme que vous me devez.

3o *De la demande en restitution d'un dépôt ; 4o de la demande en restitution d'un prêt à usage.*—Ainsi, le dépositaire ou l'emprunteur à usage est tenu de rendre la chose qui lui a été confiée ou prêtée, lors même que le déposant ou le prêteur lui doit de son côté une chose semblable. La dette dont l'emprunteur est tenu est née d'un acte de bienfaisance, d'un bon office qu'il a reçu ; c'est une dette d'honneur, une dette sacrée : il ne peut, sous aucun prétexte, en refuser le paiement. La dette née d'un dépôt est également une dette de confiance, une dette d'honneur : la loi ne veut pas que le dépositaire puisse refuser de la payer, sous prétexte qu'il est lui-même créancier du déposant.

1447.—Les exceptions exposées au no 1446 ont donné lieu à une difficulté qu'il importe d'étudier.

La compensation n'a lieu qu'entre les dettes qui ont pour objet des choses *fongibles*, c'est-à-dire des choses qui peuvent être remplacées l'une par l'autre : les dettes de CORPS CERTAINS *ne* sont point *compensables* (voy. le no 1440, *in fine*). Telle est la règle des compensations.

Or, que doivent celui qui a détourné injustement la chose d'autrui, le dépositaire et l'emprunteur à usage ? *La chose même* qu'ils ont détournée, qui leur a été confiée ou prêtée. C'est *cette chose*, et non une autre, qu'ils doivent restituer. Ils sont débiteurs d'une chose individuellement déterminée, *d'un corps certain.* La *règle* même de la compensation suffirait, par conséquent, pour rendre leur dette incompensable. Qu'était-il besoin dès lors de faire un texte exprès, de créer des *exceptions*, pour exclure de la règle des cas qu'elle excluait elle-même, ou plutôt qu'elle ne comprenait point ?

Je crois, quant à moi, qu'il y a là une erreur législative. Les rédacteurs de notre Code ont emprunté ces dispositions au droit romain, où elles constituaient une véritable exception au principe des compensations ; ils se les sont appropriées, sans prendre garde qu'elles étaient, du moins en général, inutiles sous l'empire des principes nouveaux qui régissent aujourd'hui la compensation. En droit romain, la compensation n'avait pas lieu *de plein droit*, elle était *judiciaire:* elle devait donc être opposée en justice et prononcée par le juge. Or comme, à Rome, toute condamnation, même celle qui intervenait sur des dettes de *corps certains*, avait pour objet *une somme d'argent*, c'est-à-dire une chose fongible, les dettes de *corps certains* étaient elles-mêmes compensables. Dans ce système, la règle de la compensation comprenant même les dettes nées d'un dépôt ou d'un prêt à usage, le législateur dut faire une *exception* pour les déclarer incompatibles. Les rédacteurs de notre Code ont à tort reproduit cette exception : car, dans notre droit, les dettes de *choses fongibles* étant seules compensables, il était inutile d'exclure de la règle des dettes de *corps certains.*

1448.—On a cependant essayé de justifier le Code, en s'efforçant de trouver un sens utile aux exceptions qu'il a consacrées. " Sans doute, a-t-on dit, lorsque celui qui a détourné injustement la chose d'autrui, le dépositaire ou l'emprunteur à usage, sont débiteurs de la *chose même* qu'ils ont détournée, qui leur a été confiée ou prêtée, la compensation

n'est pas possible d'après *la règle* même des compensations. Mais il se peut qu'à la place de cette chose ils doivent une somme d'argent non individuellement déterminée, considérée, en un mot, comme chose fongible, auquel cas leur dette serait compensable d'après la règle générale ; c'est alors seulement que s'applique *l'exception*."

Quant au dépôt, tout le monde admet cette explication. Le dépôt, en effet, peut avoir pour objet une somme d'argent, considérée tantôt comme *corps certain*, tantôt comme chose *fongible*.

Je dépose chez vous un sac d'écus ; le sac est ficelé et cacheté ; il est convenu que vous me rendrez *ce sac d'écus* dès que je vous le demanderai : c'est le dépôt *régulier*. Le dépositaire est alors débiteur d'un *corps certain*. Dans ce cas, sa dette est incompensable, d'après *la règle* même des compensations.

Mais les choses ne se passent pas toujours ainsi. Le dépôt d'une somme d'argent est quelquefois fait avec la faculté, pour le dépositaire, de confondre avec le sien, dans sa caisse, l'argent qu'on lui confie, et sous l'obligation de rendre *non pas les mêmes écus*, mais *une même valeur :* c'est le dépôt *irrégulier*. Dans ce cas, le dépositaire n'est plus débiteur *d'un corps certain ;* il doit une quantité, une somme d'argent, *une chose fongible*. Sa dette est *liquide ;* elle est *exigible*. Elle serait donc compensable, d'après le droit commun de la compensation ; mais, *comme elle est née d'un dépôt*, elle est incompensable.

Cette explication ne peut pas s'appliquer au *prêt à usage :* car, dans cette espèce de prêt, l'emprunteur est *toujours* obligé de rendre la *chose même* qui lui a été prêtée (art. 1875 et 1892). En effet, lorsque je vous prête *à usage* une somme d'argent, vous devez me rendre, non pas une même valeur, mais *les mêmes écus* dont se composait la somme prêtée.

Voici, quant au prêt à usage, l'espèce qu'on a faite pour justifier la loi (l'explication que nous allons donner serait également applicable au cas de dépôt régulier).

Lorsque l'emprunteur laisse périr par sa faute la chose

qu'il devait rendre, son obligation, qui primitivement avait pour objet *un corps certain*, se trouve convertie en une dette ayant pour objet des dommages et intérêts, une somme d'argent. Cette dette, en principe, n'est pas susceptible de compensation : car, le *quantùm* des dommages et intérêts n'étant pas encore déterminé, on ne peut pas dire d'elle qu'elle est *liquide*. Mais supposons que le prêt à usage soit accompagné d'une clause pénale, je veux dire d'une clause par laquelle les parties ont, par avance, fixé le montant des dommages et intérêts que l'emprunteur sera obligé de payer s'il laisse périr par sa faute la chose empruntée : dans ce cas, l'emprunteur, si la chose périt par sa faute, se trouve devoir *une somme d'argent liquide et exigible.* Sa dette serait donc compensable, d'après le droit commun de la compensation ; mais, comme elle est née *d'un prêt à usage*, la compensation n'est pas possible (M. Val.).

Une autre espèce mérite encore d'être étudiée. Le prêt (et ce que je dirai du prêt s'appliquera également au dépôt) n'est point accompagné d'une clause pénale ; l'emprunteur laisse périr la chose par sa faute : le voilà constitué débiteur d'une somme d'argent ; mais, comme les dommages et intérêts dont il est débiteur ne sont point *liquidés*, sa dette n'est point compensable. Jusque-là tout le monde est d'accord. Le prêteur le poursuit et le fait condamner à payer une somme de......, à titre d'indemnité. Par l'effet de cette condamnation, la dette de l'emprunteur devient *liquide ;* elle est *exigible :* est-elle désormais compensable ?

1449.—Premier système. Elle est compensable.—En effet, elle est *liquide ;* elle est *exigible* ; elle a pour objet une somme d'argent. Elle n'a plus pour *cause* un contrat de prêt, car l'obligation résultant du prêt a été novée par l'effet de la condamnation ; sa *cause*, c'est la condamnation elle-même. Donc elle n'appartient plus à l'exception, donc elle appartient à la règle.

1450.— Deuxième système. Elle n'est pas compensable.—Et d'abord, comment comprendre que l'emprunteur qui a laissé

périr la chose par sa faute, ou *qui en a disposé à son profit*, soit traité plus favorablement que celui qui l'a religieusement conservée ? S'il n'eût point commis de faute, il ne pourrait point invoquer la compensation ; et, parce qu'il est coupable, cette faveur lui serait accordée ! Par sa faute ou son dol, il améliorerait sa position, aux dépens du prêteur ! Qui croira jamais à une pareille inconséquence ?

La dette, dit-on, n'a plus pour cause le contrat de prêt !— C'est une pure subtilité. Le contrat de prêt est, en effet, même après la condamnation, la cause première de l'obligation. Cela est bien évident : car, si le contrat de prêt n'avait point existé, l'homme ne serait point débiteur. C'est donc comme emprunteur qu'il est obligé. Or, en cette qualité, il n'a pas droit à la compensation. Sa dette est née d'un acte de bienfaisance, d'un bon office qu'il a reçu ; c'est une dette d'honneur, une dette sacrée : il ne peut, sous aucun prétexte, en refuser le paiement.

1459.—VII. *De la compensation facultative et des demandes reconventionnelles.*— Tout ce que nous avons dit dans les numéros qui précèdent se rapporte à la compensation *légale*, c'est-à-dire à celle qui a lieu de plein droit, par la seule autorité de la loi, même à l'insu des parties ; qui, en un mot, n'a pas besoin, pour produire son effet, d'être invoquée par l'un des débiteurs et d'être prononcée par le juge.

La compensation *facultative*, dont nous avons à dire quelques mots, est celle qui a besoin, pour produire son effet, d'être opposée par l'une des parties et d'être prononcée par le juge.

Elle ne peut être opposée que par celle des parties que la loi a voulu protéger en refusant à l'autre le bénéfice de la compensation légale. Exemple : Après avoir fait chez vous un dépôt irrégulier de la somme de 500 fr., je deviens héritier d'une personne qui vous a emprunté pareille somme : vous ne pouvez pas, vous, m'opposer la compensation, car votre dette est née d'un *dépôt*, et les dettes de cette nature ne sont pas compensables de plein droit (art. 1293 ; voy. le

nº 1447); mais je puis, si je le veux, renoncer au bénéfice de l'exception qui me protége, et vous opposer, en compensation de la somme que je vous dois, celle que j'ai déposée chez vous

1460.—La *demande reconventionnelle* est une demande incidente formée par un défendeur qui demande à faire reconnaître ou liquider une créance qu'il prétend avoir contre le demandeur, afin de l'opposer en compensation après qu'elle aura été reconnue ou liquidée. Exemple : Vous me poursuivez en paiement d'une somme de 500 fr. que je vous dois ; vous me devez, de votre côté, je le suppose, des dommages et intérêts, soit parce que vous avez commis un délit ou un quasi-délit qui m'a causé un préjudice, soit parce que vous n'avez pas exécuté une obligation dont vous étiez tenu envers moi. Je ne puis pas, il est vrai, vous opposer la compensation légale, car la dette de dommages et intérêts dont vous êtes tenu envers moi n'est pas *liquide*, et les dettes de cette nature ne sont point susceptibles de la compensation légale (art. 1291) ; mais, ma créance étant susceptible d'une liquidation prompte et facile, le juge peut, sur ma demande, m'accorder un délai pour la faire liquider, et, par suite, la rendre susceptible de compensation.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 28, *art.* 7. } Et néanmoins les deniers publics, droits seigneuriaux et féodaux, aliments, pensions et nourritures, recelés, vols et larcins, prêt en espèce de meubles, dépôt volontaire ou nécessaire, ne sont sujets à compensation.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des Comp.*, *Liv.* 4, *Tit.* 2, *sec.* 2, *nº* 6 *et s.* } 6. Le dépositaire et celui qui a emprunté par un prêt à usage, ne peuvent compenser ce qu'ils ont à l'un de ces titres, avec une dette que le maître de la chose déposée ou empruntée pourrait leur devoir. Et si deux personnes étaient dépositaires l'une de l'autre, il n'y aurait point entre eux de com·

pensation ; mais chacun rendrait la chose qu'il aurait en dépôt. (C. civ. 1293, 1885, 1932.)

7. Dans les crimes et délits on ne compense ni les accusations, ni les peines. Mais quand il ne s'agit que des dommages et intérêts, ou de l'intérêt civil de la partie, si l'accusé se trouve son créancier il pourra compenser. (I. 121. C. civ. 1907, 1290.)

8. Si on compense deux dettes, qui, quoique égales en sommes, soient distinguées par quelque différence qu'on puisse estimer, on pourra y avoir égard en faisant la compensation. Ainsi, par exemple, si celui qui devait payer une somme en un certain lieu où le créancier avait intérêt qu'elle fût acquittée, la compense en un autre lieu, et demeure déchargé de ce qu'aurait coûté la remise de cet argent au lieu où le paiement devait en être fait, on pourra estimer dans la compensation la valeur de cette remise. (C. civ. 1296, 1247.)

9. Comme les compensations sont des paiements, et qu'on ne peut payer une chose pour une autre contre le gré du créancier, on ne peut non plus compenser que ce qui pourrait être donné en paiement. Ainsi, un héritier chargé de donner un héritage à un légataire, ne pourrait l'obliger à compenser avec ce fonds une somme que ce légataire pourrait lui devoir. Ainsi, celui qui devrait une rente foncière non rachetable, ne pourrait l'amortir par compensation d'une somme que le créancier de la rente pourrait lui devoir. Mais il pourrait seulement compenser les arrérages de cette rente qui seraient échus. (C. civ. 1291, 1297, 1298.)

---

* *C. N.* 1293. } La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas,

1o De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ;

2o De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage ;

3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

1191. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, excepté pour la part de ce dernier dans la dette solidaire.

1191. The surety may avail himself of the compensation which takes place when the creditor owes the principal debtor.

But the principal debtor cannot set up in compensation what his creditor owes to the surety.

A joint and several debtor cannot set up in compensation what the creditor owes to his codebtor, except for the share of the latter in the joint and several debt.

---

* *ff. De Compensat., Liv.* 16, *Tit.* 2, *LL.* 4, 5, 23. } *L.* 4. Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest : sicut enim cùm totum peto à reo, malè peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quàm reus condemnari potest. (Paulus).

L. 5. Si quid à fidejussore petetur, æquissimum est eligere fidejussorem, quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit. Sed et si utrumque velit compensare, audiendus est. (Gaius).

L. 23. Id quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine adversario debet (Paulus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 4. Le sentiment de Neratius, qui est suivi par Pomponius, est fort juste. Ces jurisconsultes pensent que si le pincipal obligé a droit de retenir par la compensation, le répondant est libéré d'autant de plein droit : car, de même qu'en ce cas le créancier formerait contre le principal obligé une demande irrégulière en répétant tout ce qui lui est dû, de même le répondant ne peut être tenu de piein droit que pour la somme à laquelle le principal obligé pourrait être condamné. (PAUL).

L. 5. Si on forme une demande contre un répondant, il est juste qu'il ait la faculté de choisir s'il veut faire compenser ce qui lui est dû à lui-même, ou ce qui est dû au principal obligé. Il doit même être admis à demander la compensation de l'un et de l'autre. (GAIUS).

L. 23. Si un tuteur demande au nom de ses pupilles ce qui leur est dû, le débiteur ne pourra point demander que sa dette soit compensée avec ce que le tuteur lui doit personnellement. (PAUL).

---

* *ff. De duobus reis constituendis,* *Liv.* 45, *Tit.* 2, *L.* 10. } 10. Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet. (PAPINIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } 10. Si deux copromettants ne sont pas associés, il ne profitera pas à l'un des deux que le stipulateur doive de l'argent à l'autre. (PAPINIEN).

---

* *Cod. De Compensat.,* *Liv.* 4, *Tit.* 31, *L.* 9. } 9. Ejus quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. (GORDIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } 9. La compensation ne peut avoir lieu qu'à l'égard de ce qui est dû par la personne poursuivie. (GORDIEN).

Voy. *Cod.*, cité sur art. 1190; *Domat*, cité sur art. 1112, et *Pothier*, nº 631, cité sur art. 1188.

---

* 7 *Toullier*, *nº* 377-378. } 377. Il n'est pas douteux que le débiteur solidaire, quoiqu'il ne doive de son chef qu'un tiers, par exemple, de la dette commune, peut opposer la compensation de ce qu'on lui doit avec la totalité de la créance, pour le paiement de laquelle il est poursuivi.

Mais il ne peut, suivant la disposition finale de l'art. 1294, opposer la compensation *de ce que le créancier doit à son codébiteur.*

Cette disposition paraît conforme à l'opinion de Papinien, dans la loi 10, *ff. de duobus reis*, 45, 2, et au principe général que les exceptions personnelles à quelques-uns des coobligés solidaires, comme minorité ou changement d'état, n'empêchent point l'effet de la solidarité à l'égard des autres ; car ces exceptions et ces changements n'éteignent point la dette, et chaque débiteur la doit tout entière. Mais le savant et judicieux Domat, 1re part., liv. 3, tit. 3, sect. I, nº 8, a for bien observé que, si un des débiteurs solidaires avait une exception personnelle qui éteignit la dette pour sa portion, cette exception servirait aux autres *pour cette portion ;* qu'ainsi, par exemple, si un des débiteurs se trouvait de son chef créancier du créancier commun, ses coobligés pourraient demander la compensation, jusqu'à la concurrence *de cette portion ;* mais que, pour le surplus de ce qui serait dû par leur créancier à ce coobligé, ils ne pourraient en demander la compensation, à moins qu'ils n'eussent d'ailleurs le droit de ce coobligé.

Il ajoute en note que c'est en ce sens qu'il faut entendre la loi 10, *ff. de duobus reis.* Car, dit-il, il ne serait pas juste de contraindre un des obligés à payer la portion de celui qui a une compensation à faire avec le créancier, puisque, si cette compensation ne se faisait point, et que le débiteur, qui pouvait la faire de son chef, se trouvât insolvable, ceux qui

auraient payé pour lui seraient sans ressources, pour avoir payé ce qu'il ne devait pas.

Pothier, nº 274, quoiqu'il pense que l'opinion de Papinien soit plus conforme à la subtilité du droit, *apicibus juris*, se range néanmoins à l'opinion de Domat, comme plus équitable.

Or, on sait que Pothier a été le principal guide des rédacteurs du Code. Nous pensons donc, comme nous l'avons déjà dit, tome 6, nº 733, que c'est dans le sens de Domat et de Pothier qu'il faut entendre la disposition finale de l'art. 1294, qui porte que " le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation *de ce que le créancier doit à son codébiteur*, et qu'il faudra, dans la révison du Code, y ajouter ces mots, *si ce n'est pour la portion de ce codébiteur.*

Supposons que Primus, Secundus et Tertius me doivent solidairement 3,000 fr., cette dette, quoique contractée solidairement envers moi, se divise de plein droit entre eux. Ils n'en sont tenus chacun que pour leur part et portion (1213). Si Primus devient mon créancier d'une somme de 1,000 fr., sa portion est éteinte par la seule force de la loi, dès l'instant où les deux dettes se sont trouvées exister à la fois (1290).

Je ne puis donc plus lui demander que les 2,000 fr. ; et si ma créance produisait des intérêts, ils ont cessé de courir de plein droit pour les 1,000 fr. éteints par compensation, et du jour où elle s'est opérée. Je ne puis plus demander à Primus que le capital restant de 2000 fr., avec les intérêts de ce capital· Si, pour éviter une compensation si évidemment équitable, je m'adresse à Secundus, pour lui demander la somme entière de 3,000 fr. je fais une injustice.

On ne peut lui refuser le droit, non pas de m'opposer la compensation de *ce que je dois à Primus*, c'est-à-dire de 1,000 fr., mais que ma créance est réduite à 2,000 fr., par l'effet de la compensation qui s'est opérée entre Primus et moi.

Si, s'attachant trop littéralement aux mots, je lui objecte que l'art. 1294 lui défend de m'opposer la compensation *de ce que je dois à Primus*, son codébiteur, il me répliquera, avec

raison, qu'il ne m'oppose point la compensation des 2,000 fr., à laquelle est réduite ma dette envers Primus ; mais que je ne puis, moi, lui demander les 1,000 fr. dus par Primus, puisque cette portion de la dette commune est éteinte par compensation, et qu'en persistant à la demander, je fais une injustice.

Ainsi l'art. 1294, bien entendu, n'a rien de contraire à l'opinion de Domat et de Pothier. Il en résulte seulement que Secundus ne peut m'opposer la compensation *de ce que je dois* à Primus, c'est-à-dire de la somme de 2,000 fr., à laquelle ma dette est réduite.

Néanmoins, pour rendre cet article plus clair, il sera bon, lors de la révision du Code, d'en corriger la rédaction, et de dire : " Le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, *si ce n'est pour la portion de ce débiteur.*

378. Une société est une personne morale, différente de la personne naturelle de chaque associé individuellement. Les créance de la société ne peuvent donc être compensées avec les dettes de chaque associé, lorsque ces dettes n'ont point été contractées pour le compte de la société, mais pour son compte particulier, *et vice versâ.*

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 274. } 274. 4° Le paiement qui est fait par l'un des débiteurs libère tous les autres. C'est une conséquence de ce que la dette solidaire n'est qu'une seule dette d'une même chose, dont il y a plusieurs débiteurs.

Non-seulement le paiement réel, mais toute autre espèce de paiement doit avoir cet effet. C'est pourquoi, par exemple, si l'un des débiteurs solidaires, poursuivi par le créancier, lui a opposé, en compensation de la somme qui lui était demandée, une pareille somme que lui devait le créancier, ses codébiteurs seront libérés par cette compensation, comme par le paiement réel qu'il en aurait fait.

[ARTICLE 1191.]

Pierre et Paul sont mes débiteurs solidaires d'une somme de 1000 livres ; depuis, je suis devenu débiteur envers Pierre d'une pareille somme de 1000 liv. ; si j'ai poursuivi Pierre pour le paiement de 1000 livres à moi dues par Pierre et Paul, et qu'il m'ait opposé la compensation de 1000 livres que je lui devais, suivant ce que nous venons de dire, cette compensation équipolant au paiement, la dette de 1000 livres qui m'était due solidairement par Pierre et par Paul est, par cette compensation, éteinte vis-à-vis de l'un et de l'autre. Mais si je n'ai pas poursuivi Pierre, et que je poursuive Paul pour le paiement de cette somme, Paul pourra-t-il opposer en compensation la dette de 1000 livres que je dois à son codébiteur ?—Papinien, en la loi 10 ff. *de Duobus reis*, décide pour la négative : *Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.*

Néanmoins Domat, en ses *Lois civiles* (p. 1, l. 3, s. 1, art. 8), décide contre ce texte, que Paul pourra opposer la compensation de ce que je dois à Pierre pour la part dont Pierre vis-à-vis de Paul est tenu de la dette, et non pour le surplus. Sa raison est que Pierre ne me devant plus cette part dont il était tenu de la dette, au moyen de la compensation de la dette qu'il a droit de m'opposer, Paul ne doit pas être obligé de payer pour Pierre cette part dont Pierre est quitte pour la compensation.

Cette raison n'est pas tout à fait concluante : car, lorsqu'un débiteur solidaire paie le total de la dette, ce n'est que vis-à-vis de ses codébiteurs qu'il est censé payer pour eux les parts dont ils sont chacun tenus de la dette, les codébiteurs solidaires n'étant entre eux tenus de la dette que pour leur part ; mais un débiteur solidaire étant vis-à-vis du créancier débiteur du total, lorsqu'il paie le total, ce n'est point vis-à-vis du créancier qu'il paie les parts de ses codébiteurs ; il paie ce qu'il doit lui-même, et par conséquent il ne peut opposer en compensation que ce qui lui est dû à lui-même, et non ce qui est dû à ses codébiteurs ; et c'est sur cette raison qu'est fondée la décision de Papinien. On peut dire en fa-

veur de celle de Domat, qu'elle évite un circuit : car, lorsque Paul m'aura payé pour le total la dette qu'il me doit solidairement avec Pierre, Paul aura recours contre Pierre pour la part dont il en était tenu ; et pour cette part il saisira entre mes mains ce que je dois à Pierre, et me fera rendre, jusqu'à concurrence de cette part, ce que j'aurai reçu. Cette dernière raison doit faire suivre dans la pratique la décision de Domat (1).

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *Tit.* 28, *art.* 9. } La caution peut demander la compensation de ce qui est dû par le créancier au débiteur principal.

---

2 *Mourlon*, *sur art.* 1294 *C. N.* } 1454.—VI. *Entre quelles personnes a lieu la compensation ; par qui et contre qui elle peut être invoquée.*

1° La caution peut invoquer la compensation qui s'est opérée du chef du débiteur principal. Et, en effet, dès que le débiteur principal devient créancier de son créancier, la dette s'éteint de plein droit, et avec elle le cautionnement.

(1) L'opinion de Domat n'est qu'un moyen terme qui ne satisfait pas pleinement : car, si la compensation peut être invoquée pour partie, pourquoi pas pour le tout, puisqu'elle équivaut à paiement et qu'elle opère libération par la seule force de la loi ? Voici au surplus le passage de Domat : " Ainsi, si un des débiteurs se trouvait de son chef " créancier du créancier commun, ses coobligés pourraient demander " la compensation jusqu'à la concurrence de cette portion, et pour le " surplus de ce qui serait dû par leur créancier à ce coobligé, ils ne " pourraient en demander la compensation, à moins qu'ils n'eussent " d'ailleurs le droit de ce coobligé, " et en note on ajoute : " car il ne " serait pas juste de contraindre un des obligés à payer la portion de " celui qui aurait à faire une compensation avec le créancier : puisque " si cette compensation ne se faisait point, et que ce débiteur, qui pourrait " la faire de son chef, se trouvât insolvable, ceux qui auraient payé pour " lui seraient sans ressources, pour avoir payé ce qu'il ne devait point, " ou qu'il aurait pu justement compenser. " (BUGNET)

1455.— 2° Le débiteur principal peut-il invoquer, en compensation de sa dette, la créance que sa caution a pu acquérir contre son créancier ? A ne consulter que la doctrine rigoureuse de la compensation, l'affirmative ne serait pas douteuse : car la compensation a les effets du paiement, et le paiement que fait une caution libère le débiteur principal. Cependant la loi admet ici une distinction.

Si le créancier s'adresse directement au débiteur principal, celui-ci ne peut pas refuser de payer, sous prétexte que, sa caution étant devenue créancière du créancier, la créance de ce dernier se trouve éteinte par compensation : en agissant ainsi, le débiteur ferait porter sur sa caution le fardeau de l'avance, ce qui serait injuste, puisque ce n'est pas elle qui est poursuivie. Mais, si le créancier s'est adressé directement à la caution, et que celle-ci lui ait opposé, en compensation, la créance qu'elle a sur lui, il est évident alors que le débiteur principal profite de cette compensation et qu'il peut l'invoquer : son créancier, en effet, a cessé de l'être, puisqu'il a retenu, en paiement de ce qui lui était dû, ce qu'il devait lui-même à la caution.

1456.— 3° Si l'un des débiteurs solidaires acquiert une créance contre le créancier, les autres débiteurs peuvent-ils l'invoquer en compensation ? Oui, sans aucun doute, si elle a déjà été opposée par le débiteur du chef duquel elle s'est opérée au créancier qui l'a poursuivi. Non, si le créancier, au lieu de poursuivre le débiteur devenu son créancier, s'adresse directement à eux (voy., pour plus de détails, le n° 1265). Mais, s'ils ne peuvent pas l'invoquer pour le tout, ne le peuvent-ils pas au moins jusqu'à concurrence de la part que doit supporter dans la dette le débiteur qui est devenu le créancier du créancier ? Voy., sous le n° 1266, la solution de la question.

[ARTICLE 1192.]

* *C. N.* 1294. } La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

1192. Le débiteur qui accepte purement et simplement la cession qu'a faite le créancier à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il pouvait opposer au cédant avant son acceptation.

Le transport non accepté par le débiteur, mais qui lui a été signifié, n'empêche que la compensation des dettes du cédant postérieures à cette signification.

1192. A debtor who accepts purely and simply an assignment made by the creditor to a third person, cannot afterwards set up against the assignee the compensation which he might before the acceptance have set up against the assignor.

An assignment not accepted by the debtor, but of which due notification has been given to him, prevents compensation only of the debts due by the assignor posterior to such notification.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1188.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *nº* 558. } 558. Quoique le cessionnaire ait fait signifier son transport au débiteur, à ne considérer que la subtilité du droit, le cédant, nonobstant le transport et la signification, demeure toujours le créancier; c'est toujours en lui que réside la créance. Cela résulte des

principes que nous avons établis dans l'article précédent; mais *quod juris effectus*, le cédant est, par la signification du transport faite au débiteur, réputé dessaisi de la créance qu'il a cédée ; il n'est plus censé en être le propriétaire ; le cessionnaire est censé l'être : c'est pourquoi le débiteur ne peut plus valablement payer au cédant ; les créanciers du cédant ne peuvent saisir et arrêter cette créance, parce qu'elle est censée ne plus appartenir à leur débiteur.

Cependant, comme le cessionnaire, même après la signification du transport, n'est que le mandataire, quoique *in rem suam*, du cédant, en la personne de qui, dans la vérité, réside la créance ; le débiteur peut opposer au cessionnaire la compensation de tout ce que lui devait le cédant avant la signification du transport, ce qui n'empêche pas qu'il ne puisse opposer aussi la compensation de ce que le cessionnaire lui-même lui doit ; le cessionnaire étant lui-même, *non quidem ex juris subtilitate*, *sed juris effectu*, *creditor* (1).

---

2 *Mourlon*, *sur art.* 1295 *C. N.* } Article 1295.— " Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession " qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers ne peut plus " opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant " l'acceptation, opposer au cédant." Précisons les faits sur lesquels la loi statue. Une compensation a eu lieu, qui a libéré deux débiteurs l'un envers l'autre. Néanmoins, et *quoiqu'ils sachent*, je le suppose, *que leurs dettes et leurs créances n'existent plus*, l'un d'eux vend sa créance comme si elle existait encore ; l'autre donne son consentement à cette cession : que décide la loi ? Que le cédé *ne pourra point opposer au cessionnaire la compensation* qu'il eût pu, avant son accep-

(1) Le Code admet encore un autre mode d'investiture pour le cessionnaire, c'est l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique (art. 1690, 2e alinéa), et ce mode est plus avantageux pour le cessionnaire que la signification du transport. *V.* art. 1295, C. civ. (BUGNET).

tation, opposer au cédant. Qu'est-ce à dire, si ce n'est qu'entre le cédant, le cédé et le cessionnaire, les choses se passeront comme si la compensation n'avait jamais eu lieu, et qu'ainsi les deux créances qu'elle avait éteintes seront réputées subsistantes, l'une en la personne du cessionnaire contre le cédé, l'autre en la personne de ce dernier contre le cédant ?

Tout cela s'explique par la *renonciation* au bénéfice de la compensation ; ce que les parties ont fait la sous-entend. Consultons Pothier à ce sujet. " Si, nous dit-il, le cédé, quoique instruit de sa libération, accepte la cession, son acceptation implique *une renonciation à la compensation* qui le libère. Il ne pourra point, par conséquent, l'opposer au cessionnaire ; mais alors il sera recevable à exercer *son ancienne créance* contre le cédant " (*Oblig.*, n° 632).

Analysée, cette solution de Pothier met en lumière trois points essentiels : 1° le cédé qui accepte la cession, et le cédant qui la fait, *renoncent tacitement* à la compensation opérée pour et contre chacun d'eux ;— 2° le cessionnaire acquiert contre le cédé *l'ancienne créance du cédant*, créance que la compensation avait éteinte, mais que la révocation rétroactive de la compensation fait revivre à son profit ; — 3° grâce à cette même révocation, le cédé *conserve son ancienne créance* contre le cédant.

Telle est la tradition. M. Bigot-Préameneu, dans son *exposé des motifs*, et M. Jaubert, dans son *rapport au Tribunat*, y sont restés fidèles. " Si, disent-ils, le transport a été accepté purement et simplement, le cédé est censé avoir *renoncé* en faveur du cessionnaire à la compensation qu'il aurait pu, avant son acceptation, opposer au cédant " (Fenet, t. XIII, p. 284 et 365).

Ainsi, dans l'espèce, le cessionnaire exercera l'*ancienne créance* du cédant contre le cédé, et le cédé exercera son *ancienne créance* contre le cédant.— Toutefois, il est bien entendu que ces créances et les accessoires qui y étaient attachés ne sont point opposables aux tiers qui, avant l'acceptation de la cession, avaient un droit acquis aux effets de la compensation (voy. le n° 1453 bis, 4°).

1453 *quater.*— Je change d'espèce. Le cédé, je le suppose, *ignorait*, au moment où il a accepté la cession, la compensation qui a éteint sa dette : qu'allons-nous décider ? Les auteurs enseignent que, *même en ce cas*, le cédé doit être considéré comme ayant renoncé, dans l'intérêt du cessionnaire, à la compensation qu'il pouvait opposer au cédant. Qu'il l'ait *connue* ou qu'il l'ait *ignorée*, il n'importe, disent-ils ; notre article ne distingue point. Et ce qui prouve bien que sa disposition est *absolue*, c'est qu'en la proposant, le Tribunat prit soin de déclarer que, par le fait même de son acceptation, le cédé est censé renoncer *à toute espèce de compensation* de ce que le cédant pouvait déjà lui devoir, comme de ce qu'il lui devra par la suite (Fenet, t. XIII, p. 163).

Je suivrai l'opinion contraire. A ne consulter que les termes de notre article, il est *absolu*, j'en fais l'aveu ; mais, si on veut bien se rappeler le motif par lequel ses auteurs l'expliquent, on sera forcé de reconnaître qu'il n'a trait qu'au cas où le cédé *connaissait*, au moment où il a accepté, l'existence de la compensation qui avait lieu à son profit. On sait, en effet, que, s'il ne peut l'opposer au cessionnaire, c'est qu'il est *réputé y avoir renoncé* (voy. le n° 1453 *ter*) ; or, par sa nature, cette présomption suppose que, dans la pensée du législateur qui l'établit, le cédé auquel on l'applique *n'ignorait point sa libération.*

Quant à l'observation du Tribunat, comprenons-la bien et nous resterons convaincus qu'elle n'a point le sens qu'on y attache.

Deux hypothèses sont prévues.

La cession a-t-elle été *signifiée* au cédé : elle n'empêchera que la compensation des créances qu'il pourra *dans l'avenir* avoir contre le cédant.

L'a-t-il *acceptée :* elle empêche " *toute espèce de compensation...*" Qu'est-ce à dire ? L'auteur de la déclaration nous l'apprend, quand il ajoute : " de ce que le cédant pouvait *déjà* devoir au cédé, *comme de ce qu'il lui devra par la suite.*"

On le voit, toute sa pensée se porte et se concentre sur cette

antithèse : Si la cession a été signifiée au cédé, qui ne l'a pas acceptée, elle n'empêche la compensation *que pour l'avenir*. Si elle a été *acceptée*, elle empêche la compensation, non-seulement pour l'avenir, mais même *dans le passé*.

Quant à notre question, rien n'indique qu'il y ait songé. Elle demeure, par conséquent, entière. A ce titre, elle appartient au droit commun. Or, c'est une règle élémentaire et essentielle de notre droit qu'on peut répéter ce qu'on a donné, quand on l'a donné par erreur. Dans l'espèce, l'acceptation du cédé est entachée d'erreur : donc il peut la répéter, ou, en d'autres termes, la faire annuler.

Mais, bien entendu, il ne le peut que sous le tempérament et sous la condition dont j'ai déjà parlé (nos 1453, *in fine*, 1453 *bis*, 4o, et 1453 *ter*, *in fine*). L'erreur du cédé ne peut et ne doit ni profiter ni nuire au cessionnaire. Tel est le droit.

1457.—Une cession a lieu : le cédé peut-il opposer au cessionnaire les compensations qu'il pourrait opposer au cédant, à supposer l'inexistence de la cession ?

Disons d'abord par quels principes la cession se gouverne.

Tant qu'elle n'est pas *signifiée* au débiteur cédé ou qu'elle n'est point *acceptée* par lui dans un acte authentique, elle est, en ce qui le concerne, à considérer comme inexistante. Partant, son créancier, c'est, non pas le cessionnaire, mais le cédant.

Une fois *signifiée* au cédé ou par lui *acceptée*, elle est parfaite, même à son égard. Partant, il aura désormais pour créancier, non plus le cédant, mais le cessionnaire (voy. l'expl. de l'art. 1690).

Cela bien compris, si nous supposons la cession *signifiée*, deux cas sont à considérer :

Le cédé acquiert-il, *postérieurement* à la signification qui lui a été faite, des créances contre le cédant : il ne les peut point opposer en compensation au cessionnaire. La compensation n'est, en effet, possible qu'entre ceux qui sont respectivement créanciers l'un de l'autre ; et, dans l'espèce, le cédé n'a point de créance contre le cessionnaire.

Le cédé avait-il, au moment où la cession lui a été signifiée, des créances *déjà nées* contre le cédant, nées soit avant la cession, soit même depuis, mais avant la signification : il peut les invoquer en compensation contre le cessionnaire, ou, pour parler plus exactement, la cession est nulle. Et, en effet, qu'a cédé le cédant ? une créance dejà compensée, et, par conséquent, une créance éteinte ou inexistante.

Quand la cession a été *acceptée* par le cédé, il est clair que, de même que dans la précédente hypothèse et par le même motif, il ne pourra point compenser la dette dont il est actuellement tenu envers le cessionnaire par les créances qu'il pourra dans l'avenir acquérir contre le cédant. Mais il y a plus : il ne pourra point la compenser même avec les créances qu'il avait déjà contre le cédant au moment où il a accepté la cession. Elles avaient, il est vrai, de plein droit compensé, et partant éteint, la créance que le cédant avait contre lui ; mais, son acceptation impliquant une renonciation au bénéfice de la compensation qui l'avait libéré, les choses doivent se passer, au regard et dans l'intérêt du cessionnaire, comme si la compensation n'avait jamais eu lieu (voy. les nos 1453 *ter* et 1453 *quater*).

Ainsi, la signification de la cession au débiteur cédé et l'acceptation qu'il en a faite par acte authentique ont cet effet commun de constituer sa dette incompensable par les créances qu'il pourra acquérir *dans l'avenir* contre le cédant. Elles ne diffèrent que par rapport aux créances dont il était déjà nanti contre le cédant, au moment où la cession a été rendue parfaite : lui a-t-elle été simplement *signifiée*, il les peut opposer en compensation au cessionnaire : l'a-t-il *acceptée*, il ne le peut pas.

---

* 12 *Duranton* *no* 433 *à* 442. } 433. Le débiteur qui a accepté, purement et simplement, la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation,

opposer au cédant (art. 1295). Il s'est par cela même reconnu son débiteur personnel, et a cessé d'être celui du cédant.

434. Il ne pourrait même ensuite, pour exercer sa créance sur le cédant, faire valoir les priviléges, hypothèques et cautionnements qui y étaient attachés, puisqu'elle a été éteinte de plein droit par la compensation, si les deux créances réunissaient toutes les conditions requises à cet effet au moment de l'acceptation de la cession. Il y a absolument même motif que lorsque l'un des débiteurs a payé sa dette qui était éteinte de droit par la compensation, cas dans lequel il ne peut plus prétendre exercer les privilèges et hypothèques attachés à sa créance (art. 1299,) parce qu'ils ont été éteints avec la créance; il n'a plus qu'une simple action personnelle et nouvelle sur l'autre partie.

La loi fait toutefois exception pour le cas où, lorsqu'il a payé sa dette, il avait une juste cause d'ignorer la créance qui devait la compenser (*ibid*); et cette exception serait admise aussi dans le cas de l'acceptation, quoique pure et simple, de la cession qui a été faite sur lui.

435. De son côté, le cessionnaire ne pourrait faire valoir les privilèges, hypothèques et cautionnements attachés à la créance cédée, si, comme nous le supposons, la compensation avait éteint les deux dettes de plein droit avant l'acceptation de le cession ; et chacun de ceux qui aurait intérêt à s'opposer à l'exercice de ces droits, pourrait prouver qu'ils ont été éteints. Il n'a pu dépendre en effet du débiteur, en acceptant la cession faite sur lui, de faire revivre, par exemple, au préjudice de sa caution, une dette qui était aussi bien éteinte de plein droit par la compensation, qu'elle l'aurait été par un paiement ou par une remise ; or, si c'eût été une remise qui eût été faite au débiteur, la renonciation de sa part à cette même remise n'aurait pu nuire à la caution. C'est un principe incontestable, et qui était formellement consacré par le droit romain, même en matière de remise par simple pacte, laquelle cependant n'éteignait pas la dette de plein droit, ne fournissait qu'une simple exception contre la de-

mande en paiement, exception personnelle au débiteur, et que la caution ne pouvait invoquer que parce que le débiteur lui-même n'en aurait pas profité, à cause du recours de la caution contre lui, après avoir payé la dette. L. 33, ff. *de pactis.*

Le cessionnaire ne pourrait exercer les privilèges, hypothèques et cautionnements attachés à la créance cédée, quand bien même le débiteur en aurait accepté la cession dans l'ignorance de l'existence de la créance qui a éteint sa dette par la compensation : l'exception que la loi a établie dans ce cas, l'a été en faveur du débiteur, et non en faveur des tiers, cessionnaires ou autres.

436. Mais d'un autre côté, cette ignorance du débiteur ne serait point un obstacle à ce que le cessionnaire eût action contre lui ; vainement celui-ci alléguerait-il qu'en acceptant la cession quand la dette était éteinte, il s'est obligé par erreur ; il en serait de ce cas comme de celui où un délégué, s'est obligé par erreur envers celui à qui il a été délégué, ce qui n'empêche point qu'il ne le soit valablement : *Si per ignorantiam promiserit, nullâ quidem exceptione uti poterit adversùs creditorem, quia ille suum recepit.* L. 12, ff., *de novat.* L. 44, ff., *de condict. indebit.*, et article 1377 analysé.

Il devrait toutefois y avoir exception si le cessionnaire, au temps de l'acceptation, connaissait, aussi bien que le cédant, l'existence de la créance que le débiteur pouvait opposer en compensation et avait colludé avec lui, pour faire accepter la cession par ce débiteur. On l'aurait décidé ainsi dans le droit romain. L. 4, § 20, ff. *de doli mali except.* par argument. La loi 2, § 4, ff. *de donat.* exceptait aussi le cas où celui qui avait accepté la délégation n'était créancier qu'en raison d'une pure libéralité, parce que, n'agissant alors que pour faire un gain, tandis que le délégué combattait pour éviter le danger de perdre, au cas où son recours contre le délégant serait inefficace à raison de l'insolvabilité de ce dernier, il avait paru moins digne de faveur que celui qui s'était obligé par erreur. Or, la raison est la même dans le cas de

l'acceptation, par erreur, d'une cession faite par celui qui avait cessé d'être créancier, à cause de la compensation opérée entre lui et la personne qui a accepté cette cession.

437. A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, l'art. 1295 porte qu'elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification. Jusque là, elle n'a point opéré ses effets entre le cédant et le débiteur (article 1690) ; le premier est encore créancier du second, et par consequent la compensation a pu s'opérer entre eux, même pour des causes postérieures à la cession, mais antérieures à la notification.

438. Mais la cession empêcherait la compensation des créances même *antérieures* à la notification, si ces créances ne réunissaient pas, au moment où cette notification a eu lieu, toutes les conditions requises pour la compensation légale, parce qu'elles n'étaient pas liquides ou exigibles. Le cessionnaire n'est obligé de souffrir d'autres compensations que celles que le débiteur eût pu opposer au cédant lui-même au moment de la signification de la cession. Et quant à ce que l'art. 1295 dit que la cession qui n'a point été acceptée, mais qui a été notifiée, n'empêche que la compensation des créances *postérieures à la notification*, il est clair qu'il a pour objet d'exclure toutes celles qui n'étaient point compensables au moment de la notification. Ces mots, *postérieures à la notification*, sont évidemment employés par opposition aux créances dont le débiteur pouvait faire usage envers le cessionnaire pour éteindre sa dette, et dont il est parlé dans la première partie de l'article, c'est-à-dire par opposition aux créances qui réunissaient alors les conditions requises pour la compensation ; or, celles dont il s'agit ne les réunissaient pas au moment de la signification de la cession, par conséquent elles n'étaient point éteintes. La date des créances est indifférente en matière de compensation ; on s'attache à l'exigibilité.

Si l'on objectait qu'il ne semble pas juste que l'une des parties ait pu, en cédant sa créance à un tiers, priver l'autre

de l'avantage de pouvoir se libérer par la compensation lorsque la sienne serait devenue exigible, nous répondrions que cette partie avait le droit de céder sa créance tant qu'elle n'était pas éteinte, sauf à elle à exécuter ensuite son obligation. Il en serait autrement, sans doute, et la compensation pourrait être opposée au cessionnaire, si l'autre partie, qui ne se serait obligée que depuis la dette contractée à son profit, avait mis poûr condition à son engagement, qu'elle ne s'obligeait qu'avec le droit de pouvoir compenser à l'échéance; alors, le cessionnaire, qui n'a que les droits du cédant, parce que celui-ci n'a pu les transporter que tels qu'ils les avait lui-même, serait obligé de souffrir la compensation qui devait être opposée au cédant. Tel est aussi le sentiment de Voët.

439. Si, hors le cas de cette convention, la créance cédée ne réunissait pas, au moment de la notification de la cession, les conditions voulues pour la compensation, tandis que l'autre créance les réunissait, on peut élever quelque doute sur les questions de savoir si celui en faveur duquel est cette dernière créance peut opposer la compensation au cessionnaire ? En réalité elle ne s'était point opérée de plein droit au moment de la signification de la cession, et c'est ce qui fait la raison de douter ; mais la raison de décider qu'elle peut être opposée au cessionnaire, c'est qu'elle eût pu alors être opposée au cédant ; il y avait lieu à la compensation facultative, en faveur de celui qui avait cette créance ; celui-ci eût pu former une demande reconventionnelle, s'il eût été poursuivi : il eût même pu, en renonçant au bénéfice du terme de sa dette, demander qu'elle fût déclarée compensée avec sa créance, alors échue, si la non échéance du terme était le seul obstacle à la compensation ; car un débiteur peut renoncer au bénéfice du terme convenu uniquement en sa faveur. Or, l'autre créancier n'a pu, en cédant sa créance, lui enlever le droit acquis de pouvoir compenser, attendu qu'il est de principe que l'on peut opposer à un cessionnaire toutes les exceptions que l'on pouvait opposer au cédant lui-même.

440. Dans le cas de plusieurs cessions successives de la même créance, il faut, quant à la compensation, distinguer entre les dettes civiles et les effets de commerce.

Pour ceux-ci, le débiteur peut bien opposer la compensation au porteur, à raison des créances qu'il aurait sur lui, mais non à raison de celles qu'il pourrait avoir sur l'un des endosseurs. La sûreté du commerce le veut ainsi : aussi a-t-il été jugé, par arrêt du 3 septembre 1700, qu'un billet à ordre, souscrit par un marchand, ayant été négocié, et le porteur d'ordre venant à en demander le paiement à l'échéance, le souscripteur n'avait pu lui opposer la compensation en se fondant sur ce que celui au profit duquel il l'avait souscrit lui avait donné de son côté un billet de même date, de même somme et avec même échéance.

En effet, celui qui souscrit un billet à ordre ou une lettre de change, s'oblige à payer à celui qui est porteur de l'effet à l'échéance.

Cette décision n'est toutefois pas applicable au cas où l'endossement ne réunirait pas les conditions prescrites par l'article 137 du Code de commerce, parce qu'alors, aux termes de l'article suivant. il ne serait qu'une simple procuration pour toucher ; en conséquence, le débiteur opposerait valablement au porteur la compensation qu'il pourrait faire valoir contre celui qui a fait cet endossement ; car celui-ci serait encore censé propriétaire de l'effet à l'égard des tiers. Il en serait de même si l'endossement n'avait eu lieu que depuis l'échéance de l'effet ; aussi est-il défendu d'antidater les ordres sous peine de faux (art. 139 *ibid.*) Et quant aux lettres de change qui, d'après les articles 112 et 113 du même Code, sont réputées simples promesses, il y a lieu de leur appliquer ce que nous allons dire des obligations civiles, parce qu'elles sont privées du privilège de se transmettre par voie de simple endossement avec effet de pouvoir saisir le cessionnaire.

441 En matière d'obligations civiles, s'il y a eu plusieurs cessions successives de la même créance, signifiées au débiteur, celui ci peut opposer au second cessionnaire, 1° la com-

pensation qu'il eût pu opposer, en tout ou partie, au créancier primitif, au moment de la signification de la première cession ; 2o celle qu'il pouvait opposer au premier cessionnaire, au moment de la signification de la cession qu'il a faite lui-même ; et 3o enfin à raison de causes qui procéderaient du chef du second cessionnaire lui-même. C'est la conséquence du principe que la compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des parties ; car il est clair que si elle s'était déjà opérée avant que le premier ou le second cessionnaire fût saisi par la signification de son transport, le débiteur doit pouvoir l'invoquer, puisque sa dette a été éteinte, au moins jusqu'à due concurrence. Il pourrait donc ainsi cumuler les causes de compensation procédant de ces diverses personnes, parce que la compensation éteint les dettes pour partie comme pour le tout. (Art. 1290.)

---

* *Guy Pape* (*Chorier*), *Liv.* 4, *sec.* 7, *art.* 6. } Un créancier peut céder à un autre ce qui lui est dû ; mais le cessionnaire doit faire signifier la cession au débiteur (1), et l'en instruire par l'exhibition de l'acte. Jusqu'à cette intimation, le cédant peut exiger la somme qu'il a cédée, et le cessionnaire n'aura rien à prétendre contre le débiteur cédé, qui aura payé. Après cette signification, le cédant n'aura plus d'action contre ce débiteur, la directe qui lui reste n'ayant plus de force au préjudice de l'utile acquise dès lors au cessionnaire. Néanmoins la même compensation qui aurait pu être opposée au cédant, peut l'être aussi à ce cessionnaire, comme il a été jugé par Arrêt du mois de Mars de l'an 1467.

(1) Les déclarations du cédant, après que la cession a été signifiée, ne nuisent point au cessionnaire ; elles sont considérées comme collusoires avec le débiteur délégué : jugé par Arrêt de l'onzième de Juillet 1625, contre le sieur de la Liegue, pour Jean Jetaron de Romans ; le débiteur délégué, après la signification, ne peut payer qu'au cessionnaire, et s'il le fait c'est à son péril : jugé par Arrêt du 21 de Mars 1679, pour les Janons, contre Varnier. (Chorier).

[ARTICLE 1193.]

* *C. N.* 1295. } Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.

1193. Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de remise.

1193. When the two debts are payable at different places, compensation cannot be set up without allowing for the expenses of remittance.

---

* *ff. De Compensat., Liv.* 16, *Tit.* 2, *L.* 15. } 15. Pecuniam certo loco à Titio dari stipulatus sum : is petit à me, quam ei debeo, pecuniam : Quæro, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari ? Respondit : Si Titius petit, eam quoque pecuniam quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet : sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco quo convenerit pecuniam dari. (Javolenus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } 15. J'ai tiré de Titius une promesse par laquelle il s'est engagé à me fournir une somme dans un endroit déterminé ; il me demande une somme que je lui dois. Doit-on faire entrer aussi en compensation l'intérêt que je puis avoir que la somme qu'il me doit me soit payée dans le lieu convenu ? J'ai répondu : Si la demande est formée par Titius, on doit faire entrer en compensation la somme qu'il doit fournir dans l'endroit convenu ; mais on compensera aussi l'accessoire de cette obligation,

c'est-à-dire, l'intérêt qu'a l'adversaire que la somme qui lui est due lui soit payée dans le lieu convenu. (JAVOLÉNUS).

Voy. *Pothier* et *Mourlon*, cités sur art. 1188, *Domat*, sur art. 1190 et autorités sur art. 1194.

---

10 *Pand. frs., sur art.* 1296 *C. N.* } 218. Il est évident que cet article ne peut s'appliquer qu'aux choses dont le transport peut occasionner quelques frais.

La Cour souveraine de Lyon proposait de rayer entièrement cette disposition. Sa raison était que la dette s'éteignant, il n'y a point de frais de remise.

Il est certain qne le principe consacré par cet article est propre au Droit Romain. Il était fondé sur ce que le créancier pouvait, par l'action *de eo quod certo loco*, contraindre son débiteur à lui payer, dans l'endroit où il se trouvait, la chose qui était payable ailleurs d'après la convention, à la charge de lui tenir compte des frais de la remise. Il s'en suivait qu'en le forçant de compenser, il devait de même lui tenir compte de ces frais.

Mais cela n'a pas lieu parmi nous. Un créancier ne peut pas exiger que le paiement lui soit fait ailleurs qu'au lieu convenu. Il s'en suivrait, à la rigueur, que deux dettes payables en différents lieux ne pourraient pas se compenser. En admettant la compensation, on ne voit pas de quels frais on doit tenir compte. Cet article sera assez difficile à appliquer.

---

* *C. N.* 1296. } Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

[ARTICLE 1194.]

1194. Lorsque la compensation de plein droit est arrêtée par quelqu'une des causes mentionnées en cette section, ou autres de même nature, celui en faveur de qui seul la cause d'objection existe, peut demander la compensation par le moyen d'une exception, et, dans ce cas, la compensation n'a lieu que du moment que l'exception est plaidée.

1194. When compensation by the sole operation of law is prevented by any of the causes declared in this section, or by others of a like nature, the party in whose favor alone the cause of objection exists, may demand the compensation by exception ; and in such case the compensation takes place from the time of pleading the exception only.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1188 et *Mourlon*, sur art. 1190.

---

* 7 *Toullier*, *n°* 396. } 396. Quand l'obstacle qui s'oppose à la compensation de plein droit n'est établi qu'en faveur du demandeur ou de la personne qu'il représente, il peut le faire cesser par un simple acte de sa volonté, par la déclaration qu'il ne veut point user du droit établi en sa faveur. Il suffit de manifester sa volonté par voie de *simple exception.*

Dès ce moment, l'action, de la loi suspendue en sa faveur, reprend toute sa force et toute son énergie ; la compensation s'opère comme si l'obstacle n'avait point existé, mais du jour seulement où il a cessé d'exister.

A compter de ce jour, l'effet de la compensation est irrévocablement produit, sans que celui qui pouvait l'empêcher puisse désormais changer de volonté, même du consentement de l'autre partie, en ce qui concerne l'intérêt des tiers.

---

* 4 *Marcadé*, *n*° 844. } 844. Quand je vous dois 5,000 francs payables à Bordeaux et que vous me devez une pareille somme payable à Paris, la compensation de nos deux dettes s'opère de plein droit, aussi bien que si elles étaient toutes deux payables au même lieu ; mais pour que toutes choses soient parfaitement égales, et que le double payement qui s'opère alors fictivement produise exactement les effets qu'auraient les deux payements réels, la loi permet à celle des parties qui procure à l'autre un avantage plus grand que celui qui lui est procuré à elle-même, de réclamer à celle-ci la différence. Si donc le cours du change de Paris sur Bordeaux est de 2 pour 100 et que celui de Bordeaux sur Paris soit de 1 pour 100, c'est vous qui aurez à me compter 50 francs. En effet, pour faire revenir de Bordeaux à Paris les 5,000 francs que je vous aurais fait remettre dans la première ville (s'il y avait eu payement effectif), vous auriez eu à payer 2 pour 100, c'est-à-dire 100 francs, tandis que moi, pour faire retourner à Bordeaux la somme que vous m'auriez comptée à Paris, je n'aurais payé que 1 pour 100, c'est-à-dire 50 francs. La compensation nous a donc fait éviter à moi une dépense de 50 francs, à vous une dépense de 100 francs ; c'est donc 50 francs que vous aurez à remettre pour que les choses soient dans le même état que s'il y avait eu de part et d'autre un payement réel.

Mais ce petit calcul à faire après la compensation n'empêche pas celle-ci de s'opérer de plein droit ; et Delvincourt et Toullier (n° 400) sont tombés dans l'erreur quand ils ont enseigné que la compensation n'était alors que facultative et n'avait lieu que du moment où elle était *opposée* avec offre de l'escompte nécessaire. La loi, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, ne s'occupe nulle part de la compensation facultative. Sans doute, la doctrine (et elle a raison) distingue la compensation légale et la compensation facultative ; mais le *texte* du Code ne s'est occupé que de la première ; rien dans notre section ne fait allusion à deux classes de compensation ; elle ne parle que d'une seule, et cette compensation *s'opère*

de plein droit, par la seule force de la loi et à l'insu des débiteurs (art. 1290)...Les mots *opposer la compensation* signifient donc, dans notre article comme dans tous ceux où ils sont employés, *invoquer* la compensation opérée de plein droit, *s'en prévaloir.*

Voy. *C. N.* 1290, cité sur art. 1188.

1195. Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit pour la compensation les règles établies pour l'imputation des paiements.

1195. When there are several debts subject to compensation due by the same person, the compensation is governed by the rules provided for the imputation of payments.

Voy. autorités citées sur art. 1661 et 1187, et *Pothier*, n° 638, sur art. 1188.

---

2 *Mourlon*, *n*os 1375, 1451. } 1375.—Lorsqu'un débiteur est tenu envers la même personne de plusieurs dettes ayant chacune pour objet des choses de même espèce, par exemple des sommes d'argent, et que la somme qu'il paye n'est pas suffisante pour les acquitter toutes, il importe alors de savoir laquelle de ces dettes a été payée : l'indication de la dette qui a fait l'objet du paiement s'appelle *imputation.*

Le droit de faire cette imputation appartient au débiteur : car il est le maître de disposer de son argent comme il l'entend. S'il néglige de l'exercer, ce droit passe au créancier. A défaut d'imputation faite par le débiteur ou par le créancier, la loi la fait elle-même, d'après l'intention présumée des parties.

1451.—IV. *Comment s'opère la compensation lorsque l'une des*

parties est tenue de plusieurs dettes exigibles.—Le débiteur de plusieurs dettes a le droit, lorsqu'il fait un paiement effectif, de déclarer laquelle de ses dettes il entend acquitter ; cette déclaration s'appelle *imputation.* S'il ne l'a pas faite, le droit de la faire passe au créancier. Enfin, à défaut d'imputation par le débiteur et par le créancier, la loi la fait elle-même. (voy. le n° 1375.)

En matière de compensation, l'imputation ne peut être faite ni par l'une ni par l'autre partie, puisque la compensation a lieu à leur insu. C'est, par conséquent, la loi qui la fait elle-même, conformément aux règles qu'elle a établies dans l'art. 1256.

---

* *C. N.* 1297. } Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'article 1256.

1196. La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers.	**1196.** Compensation does not take place to the prejudice of rights acquired by third parties.

---

* 7 *Toullier*, *n^os* 281, 394. } 381. Ceci nous conduit naturellement aux principes de la compensation en cas de faillite ; en prenant la succession sous bénéfice d'inventaire, l'héritier la déclare en quelque sorte en faillite.

La compensation opérée, même à son insu, en faveur de celui qui est en même temps créancier et débiteur du failli, conserve tout son effet après la faillite : nul doute sur ce point.

Mais la compensation n'est point admise en faveur de ce-

lui qui, étant créancier du débiteur du failli avant l'ouverture de la faillite, est devenu depuis son débiteur ou son créancier, de quelque manière que ce soit.

Car cette compensation porterait préjudice aux droits acquis par les autres créanciers, ce que ne permettent ni l'équité ni la loi (1298). Il doit donc payer ce qu'il doit, sauf à se faire colloquer, au marc le franc, dans la contribution avec les autres créanciers de la faillite.

Néanmoins, la compensation pourrait s'opérer depuis la faillite, si, avant son ouverture, le failli était convenu, sans fraude et par un acte dont la date serait assurée, qu'une créance ou une dette exigible serait compensée avec une dette non encore exigible ou conditionnelle, au moment de son échéance ou de l'accomplissement de la condition, parce qu'alors le droit de compenser serait acquis antérieurement à la faillite.

Par exemple, il est reconnu dans un bail que le fermier ou locataire a avancé au propriétaire une somme de 3,000 fr. dont il aura reprise par compensation ; sur le prix de la dernière année de ses fermages ou loyers ; la compensation s'opérera après la faillite du propriétaire.

Bien plus, si le fermier ou locataire avait fait des réparations nécessaires ou des améliorations, la faillite du propriétaire ne l'empêcherait point d'en retenir le prix par compensation sur ses fermages ou loyers ; car la masse des créanciers n'a pas d'autres droits que ceux du failli, dont ils sont les ayant-cause ; ils ne peuvent s'enrichir aux dépens de celui qui a augmenté la valeur de leur gage.

Mais le fermier, créancier du propriétaire, ne pourrait, sans une convention antérieure à la faillite, compenser sa créance, ni avec les fermages échus postérieurement à la faillite, ni avec les détériorations qu'il aurait faites.

394. Cependant la renonciation à la compensation ne saurait préjudicier aux droits acquis à des tiers. L'art. 1299 nous en offre un exemple dont nous avons parlé *suprà*, nº 391.

L'art. 1298 en offre un second exemple. Celui qui, étant

débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice des saisissants, opposer la compensation.

Autre exemple : ainsi, un acheteur qui a promis d'employer le prix de son acquisition au paiement de certaines dettes du vendeur, ne peut, de concert avec celui-ci, en faire compensation avec d'autres créances qu'il aurait à répéter, si les créanciers délégués ont déclaré vouloir profiter de la délégation (*Voy.* art. 1121.)

Et quand même les créanciers n'auraient pas déclaré vouloir profiter de la délégation, l'acquéreur ne pourrait, contre le gré du vendeur, opposer d'autres créances en compensation du prix de son acquêt lorsqu'il s'est obligé d'en payer le prix aux créanciers, parce que, par cette obligation, il a renoncé tacitement à la compensation.

---

* 12 *Duranton*, nos 442-3. } 442. Nous avons dit que le débiteur, dans le cas de cession, ne peut opposer au cessionnaire la compensation du chef du cédant, pour les créances postérieures à la signification de la cession ; car elle n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Par la même raison, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut l'opposer au préjudice du saisissant. (Art. 1298.)

Il ne pourrait même l'opposer au saisissant, quoique sa créance sur le saisi fût antérieure à la saisie, si, à l'époque de cette saisie, elle ne réunissait pas encore les conditions requises, parce qu'elle n'était point liquide ou exigible, peu importerait que sa dette les réunit ou non ; car, comme il n'avait pas acquis alors le droit d'opposer la compensation à son créancier, il ne peut pas la faire valoir contre celui qui a saisi du chef de celui-ci, et qui a ainsi acquis un droit personnel. Ce que nous avons dit à l'égard de la cession notifiée à l'époque où les créances particulières du débiteur étaient déjà nées, mais ne réunissaient point les conditions requises

pour la compensation, s'applique également au cas de saisie-arrêt.

443. Il y a cependant cette différence entre le cas de cession et celui de saisie, que, dans celui de cession, le débiteur ne peut rien retenir de la créance cédée pour se payer de la sienne ; au lieu que dans celui de saisie, il peut, comme tout autre créancier de son créancier, venir par contribution sur le produit de la créance saisie, et même par privilège, s'il en a un : de cette manière il compensera du moins avec la créance jusqu'à concurrence de ce qui lui reviendra dans la distribution. Il peut en effet faire une saisie entre ses mains comme tout autre créancier, puisque l'art. 557 du Code de procédure reconnaît à tout créancier le droit de saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur, et que la circonstance que c'est lui qui est débiteur envers son débiteur, ne doit pas le rendre de pire condition que si c'était une autre personne : or, si c'était un tiers qui dût à son débiteur, il pourrait saisir-arrêter entre les mains de ce tiers. Quant à la manière d'opérer cette saisie, elle consisterait dans une signification faite à l'autre partie, avec assignation en validité dans le délai de droit ; mais un exploit ordinaire de saisie ne nous paraît pas nécessaire, parce qu'il y a quelque chose qui répugne aux principes du droit, qu'une personne se fasse signifier un acte à elle-même.

Il n'est même pas nécessaire pour cela, que cette créance que le débiteur ne peut opposer en compensation au saisissant soit née avant la saisie, car, quoique née depuis, s'il ne peut s'élever aucun soupçon sur la réalité de son existence, par exemple parce qu'elle est le produit d'un legs ou de dommages-intérêts dus par le saisi, le débiteur pourra également la faire admettre à la distribution par contribution. Mais si elle est née seulement depuis la saisie, qu'elle ait été contractée volontairement, et que la cause n'en soit pas évidente et légitime, le saisissant pourra la faire écarter entièrement par rapport à lui, attendu qu'autrement les parties pourraient par collusion éluder facilement la disposition de la loi qui

défend d'opposer la compensation au préjudice des droits acquis à un tiers ; il suffirait pour cela que le saisi se reconnût débiteur envers le tiers-saisi pour une somme si forte, que celui-ci devrait avoir la majeure partie de la créance saisie.

---

2 *Mourlon, sur art.* 1298 *C. N.* } 1458.— " La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. Ainsi, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut plus, au préjudice du saisissant, opposer la compensation." Voici l'espèce : je vous dois 500 fr. ; Paul, votre créancier, que vous ne payez point, saisit entre mes mains les 500 fr. que je vous dois. Deux cas se présentent alors :

Si vous étiez déjà mon débiteur quand votre créancier a pratiqué sa saisie, il est évident que je puis lui opposer la compensation que j'aurais pu vous opposer à vous-même : car la saisie qu'il a faite n'a pas pu m'enlever le bénéfice que je tiens de la loi. Sa saisie est venue trop tard : elle est nulle et sans effet, parce qu'elle porte sur une valeur dont je n'étais pas débiteur au moment de la saisie.

Mais, *si vous n'étiez devenu mon débiteur qu'après la saisie*, alors je ne puis pas opposer au saisissant la compensation que je pourrais vous opposer à vous-même. De même que je ne puis pas faire, au préjudice du saisissant, un paiement effectif de la somme saisie (voy. le nº 1333), de même je ne puis pas la retenir en compensation, c'est-à-dire en paiement de celle qui m'est due.

---

* *C. N.* 1298. } La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

[ARTICLE 1197.]

1197. Celui qui paie une dette qui est, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir au préjudice des tiers, des privilèges et hypothèques attachés à cette créance, à moins qu'il n'ait eu justes causes d'en ignorer l'existence au temps du paiement.

1197. He who pays a debt which is of right extinguished by compensation cannot afterwards in enforcing the debt which he has failed to set up in compensation avail himself, to the prejudice of third parties, of the privileges and hypothecs attached to such debt, unless there were just grounds for his ignorance of its existence at the time of payment.

---

* *ff. De compensat., Liv.* 16, *Tit.* 2, *L.* 10, § 1. } § 1. Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } § 1. Puisque cette compensation se fait de plein droit, si on paye dans un cas où on pouvait compenser, on peut se faire rendre ce qu'on a donné, comme payé indûment. (ULPIEN.)

---

* *Cod. De cond. indeb., Liv.* 4, *Tit.* 5. *L.* 1. } 1. Pecuniæ indebitæ per errorem, non ex causa judicati solutæ, esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris, patrem tuum, cui hæres extitisti, amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes. Usuras autem ejus summæ præstari tibi frustra desideras. Actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est.

PP. 3 calend. aug. Antonino A. IV. et Balbino, Coss. 223. (ANTONINUS.)

Ibidem. } 1. Il n'est aucun doute qu'on ne
Trad. de M. P. A. Tissot. } puisse répéter par l'action conditionnelle la somme payée par erreur et non par jugement. C'est pourquoi si vous pouvez prouver que votre père, dont vous avez hérité, a payé à son créancier une somme plus forte que celle qui était due, vous pouvez répéter cet excédant. Mais c'est en vain que vous désirez qu'il vous donne les intérêts de cette somme ; car par l'action condictionnelle on ne peut répéter que la somme qui a été payée, quoique non due.

Fait le 3 des cal. d'août, sous le 4e cons. de l'emper. Antonin, et le 1er de Balbinus. 223. (ANTONIN.)

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), } 639. Si celui qui était mon créan-
Oblig., *nos* 639-640. } cier d'une certaine somme, est devenu depuis mon débiteur d'autant, et que, nonobstant la compensation qui a éteint de plein droit nos créances respectives, je l'aie payé, je répéterai la somme que je lui ai payée, comme non due, par l'action qu'on appelle *condictio indebiti.*

C'est ce que décide Ulpien en la loi 10, § 1, ff. *de Compens*, *Si quis compensare potens solverit*, *condicere poterit quasi indebito soluto.*

Ce texte prouve bien démonstrativement le principe que nous avons établi, " que la compensation se fait de plein droit, et éteint par la seule vertu de la loi les dettes respective des parties, sans qu'elle ait été opposée par aucune des parties, ni prononcée par le juge ; " autrement dans cette espèce, dans laquelle, lorsque j'ai payé, la compensation n'avait été ni opposée ni prononcée, on ne pourrait pas dire que j'aie payé ce que je ne devais plus.

De là naît une question qu'on peut faire dans l'hypothèse suivante :

J'étais votre débiteur d'une somme de 1,000 livres : je suis depuis devenu l'unique héritier de Pierre, qui était votre créancier de pareille somme pour un retour de partage.

Nonobstant la compensation dont j'aurais pu user, je vous ai payé cette somme de 1,000 livres. Ensuite vos biens ont été saisis réellement par vos créanciers, et notamment ceux qui vous sont échus par le partage que vous avez fait avec Pierre. Je me suis opposé au décret, et je demande à être colloqué en ordre par privilège sur le prix desdits biens, pour le retour du partage que vous deviez à Pierre à qui j'ai succédé. Les autres créanciers sont-ils bien fondés à s'y opposer?

Il semble qu'ils y sont bien fondés : car la créance de Pierre pour ce retour de partage, a été éteinte en même temps que j'y ai succédé, par la vertu de la compensation qui s'est faite de cette créance que j'acquérais contre vous, avec celle de pareille somme de 1,000 livres que vous aviez contre moi.

Le paiement que je vous ai fait depuis, n'a pu ressusciter nos créances respectives, que la compensation avait éteinte : il n'a pu me donner autre chose qu'une simple action en répétition de la somme que je vous ai payée, comme ayant été payée sans être due ; et cette action n'a aucune hypothèque ; ou elle a tout au plus une simple hypothèque, si elle était par-devant notaire. (1)

Il n'a pas dû être en mon pouvoir, en vous payant volontairement une dette qui était éteinte par la compensation de cette dette avec la créance que j'avais acquise contre vous, de ressusciter ma créance, et les hypothèques qui y étaient attachées, au préjudice des créanciers qui me suivaient, et du droit de priorité en hypothèque, qui leur avait été acquis par la compensation qui avait éteint nos créances respectives.

Nonobstant ces raisons, je crois qu'il faut user de distinction sur cette question.

Si, depuis que la succession de Pierre m'est échue, mais avant que j'aie eu connaissance qu'il y avait dans cette suc-

(1) Cette décision qui, au surplus, est sans application aujourd'hui, nous paraît très douteuse même dans l'ancien droit ; car la quittance notariée n'était pas rédigée dans la pensée de constater une créance de celui qui payait contre celui qui recevait. (BUGNET).

cession une créance de 1,000 livres contre vous, je vous ai payé les 1,000 livres que je vous devais de mon chef ; je pense qu'en ce cas je dois être mis en ordre par privilége pour la créance de 1,000 livres, quant à laquelle j'ai succédé à Pierre, et qu'on doit juger, en ce cas, qu'il ne s'en est fait aucune compensation.

La raison est que la compensation étant une fiction de la loi, qui feint que les parties se sont respectivement payées aussitôt qu'elles sont devenues créancière et débitrice tout à la fois l'une et l'autre, cette fiction, qui est établie en faveur des parties entre lesquelles la compensation se fait, ne doit avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur serait pas préjudiciable, et qu'elle ne les induirait pas en erreur ; un bienfait de la loi ne devant jamais être préjudiciable à ceux à qui la loi l'accorde : *Beneficium legis non debet esse Captiosum.*

On ne doit donc pas supposer, en ce cas, qu'il y a eu une compensation ; car elle me serait préjudiciable : elle m'aurait induit en erreur ; elle m'aurait, sans ma faute, fait perdre une somme de 1,000 livres pour laquelle j'avais une hypothèque privilégiée. (1)

Il faut décider autrement dans le cas auquel je ne vous aurais payé les 1,000 livres que je vous devais de mon chef, que depuis l'inventaire de la succession de Pierre, qui m'a donné connaissance de la créance que cette succession avait contre vous. Rien n'empêche de supposer, en ce cas, que la compensation a éteint nos créances respectives : ce n'est pas, en ce cas, la loi de la compensation qui m'a causé du préjudice, ni qui m'a induit en erreur.

Si je perds les 1,000 livres que je vous ai sottement payées, je ne dois pas m'en prendre à la loi de la compensation, mais à moi-même, qui ai bien voulu vous payer une dette que je savais être acquittée par la compensation : il n'a pas dû être

(1) C'est pour consacrer cette distinction que l'art. 1299 contient cette réserve : "*à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.*" (BUGNET).

en notre pouvoir de ressusciter par ce paiement ma créance, en fraude du droit acquis aux créanciers qui me suivaient.(1)

640. Que doit-on décider dans l'espèce suivante ?

J'étais votre débiteur de la somme de 1,000 livres : je suis devenu depuis votre créancier d'autant ; *putà*, en devenant l'unique héritier de Pierre, à qui vous deviez pareille somme.

Sur la demande que vous avez donnée contre moi pour le paiement de cette somme de 1,000 livres que je vous devais, ayant négligé d'opposer la compensation de celle que vous me deviez, j'ai été condamné à vous payer cette somme, et je vous l'ai payée en exécution de la sentence : ai-je en ce cas quelque recours ?

(1) Quelques auteurs, notamment M. Delvincourt, prétendent que malgré la réserve de l'art. 1299, Cod. civ., pour le cas où celui qui a payé avait juste cause d'ignorer sa créance, les privilèges ou hypothèques n'en sont pas moins éteints, et les cautions libérées : le principe invariable établi par l'art. 1290, que la compensation éteint la dette de plein droit, doit, selon eux, recevoir son application à l'égard des accessoires de la créance : seulement ils conservent à celui qui a payé, contre celui qui a reçu, les droits résultant de l'ancienne créance qui ne peuvent pas réfléchir contre les tiers, par exemple, s'il a un titre authentique ou même exécutoire, il pourra s'en aider dans les poursuites à exécuter contre lui.

Nous ne pensons pas que tel soit le sens de la disposition finale de l'art. 1299.

Il est évident que le rédacteur de cet article avait sous les yeux le passage de Pothier, et qu'il a voulu laconiquement reproduire la distinction de cet auteur.

Or Pothier décide très positivement que, dans ce cas, la compensation ne doit pas avoir lieu, et il montre très bien et très équitablement son opinion :

Oui, il est vrai que la compensation a été établie en faveur des parties entre lesquelles elle doit s'opérer : *Potius nostrà interest non solvere quàm solutum repetere.* Elle ne doit donc avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur serait pas préjudiciable, et qu'elle ne les induirait pas en erreur : un bienfait de la loi ne devant jamais être préjudiciable à ceux à qui la loi l'accorde. La compensation elle-même ne doit donc pas avoir lieu, lorsque, loin d'être une utilité elle serait une iniquité évidente. Voilà le raisonnement de Pothier, voilà l'idée reproduite par le Code, donc la créance subsiste avec tous ses accessoires. (BUGNET).

Je ne puis pas avoir, comme dans l'espèce précédente, l'action *condictio indebiti.* La loi 2, Cod. *de Compens.*, décide que quoique j'eusse pu encore opposer la compensation de ma créance contre vos poursuites en exécution de la condamnation, il n'y aura pas lieu à l'action *condictio indebiti ;* parce que ce qui est payé en exécution d'une condamnation, ne peut être regardé comme payé sans cause.

Or cette action *condictio indebiti* n'a lieu que lorsque le paiement a été fait sans aucune cause, et par conséquent sans condamnation *Pecuniæ indebitæ per errorem* NON EX CAUSA JUDICATI (1) *solutæ, esse repetitionem, jure condictionis non ambigitur ;* L, 1, Cod. *de Cond. indeb.*

Serai-je donc, en ce cas, privé de tout recours ?

Il faut dire que, dans cette espèce, quoique, selon la subtilité du droit, la compensation ait éteint nos créances respectives dans le même instant que j'ai succédé à celle que Pierre avait contre vous, néanmoins cette compensation doit, dans cette espèce, être regardée comme non avenue ; cette créance à laquelle j'ai succédé, et l'action qui en naît, doit m'être restituée, et je dois être admis à l'intenter.

La raison est, que cette compensation ayant été privée de son effet vis-à-vis de vous, et par rapport à la créance que vous aviez contre moi, par la sentence qui m'a condamné au paiement de cette créance, l'équité ne permet pas qu'elle puisse subsister vis-à-vis de moi, et par rapport à la créance que j'avais de mon côté contre vous.

C'est ce que décide fort bien Tindarus, en son Traité *de Compensationibus ;* et c'est en ce sens qu'il explique la loi 7,

(1) La non-répétition, au cas où le paiement avait été fait *ex causâ judicati,* tenait à la nature particulière de l'action *judicati,* laquelle occasionnait une condamnation au double *adversùs inficiantem :* dès lors le paiement avait eu une cause, c'est-à-dire, il avait préservé celui qui avait payé, de la chance de cette condamnation : *in duplum :* mais tout cela est fort étranger à notre droit, et on peut être étonné de voir Pothier se préoccuper de l'autorité de ces lois romaines dans une pareille question. (BUGNET).

§ 1, ff *de Compens.*, qui dit : *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio.* C'est-à-dire, lorsque le juge a condamné l'une des parties envers l'autre, nonobstant la compensation qui avait éteint leurs créances respectives, soit qu'elle n'ait pas été opposée, soit qu'ayant été opposée, le juge ait omis d'y statuer, la créance que la partie condamnée avait contre l'autre, lui est conservée, *salva manet petitio. Lex enim*, dit Tindarus, *hoc casu restituit actionem peremptum, ex maxima necessitate, sicut facit in multis casibus, æquitate suggerente.* V. L. f. *in fin.* ff. *ad Velleian.*

Ma créance m'est-elle restituée avec les hypothèques qui y étaient attachées, ou sans ces hypothèques ?

Je pense qu'il faut en ce cas user de distinction.

S'il n'y a pas lieu de soupçonner que ce soit par collusion avec vous, et pour vous faire toucher de l'argent au préjudice de vos créanciers, que je ne vous ai pas opposé la compensation de la créance à laquelle j'avais suceédé à Pierre contre vous ; *putà*, parce que je n'en avais pas encore connaissance lors de la condamnation ; à peine savait-on dans le public la mort de Pierre ; ou du moins on n'avait pas encore fait l'inventaire des titres de sa succession, qui seul pouvait me donner la connaissance de cette créance : en ce cas, je pense que ma créance me doit être restituée avec ses hypothèques. (1)

Mais si ayant déjà connaissance de la créance que j'avais contre vous, et pour laquelle j'ai succédé à Pierre, je me suis laissé condamner envers vous, sans vous opposer la compensation ; ou si je ne l'ai opposée que *perfunctoriè*, sans l'établir, de manière que le juge n'y a pas statué ; en ce cas, ma créance contre vous me sera, à la vérité, restituée ; mais je ne serai pas admis à exercer les hypothèques qui étaient attachées à cette créance, au préjudice des créanciers qui me suivaient en ordre d'hypothèques, et auxquels le droit de priorité d'hypothèque a été acquis aussitôt que j'ai succédé à

(1) C'est le cas de l'art. 1299 *in fine.* (BUGNET).

la créance de Pierre, par la compensation et l'extinction qui s'est faite alors de nos créances respectives : l'équité ne permet pas que, par une collusion entre nous, je prive ces créanciers de ce droit qui leur a été acquis.

---

* *4 Marcadé, sur art.* 1299 *C. N.* } I.—847. Le texte de cet article suffirait au besoin pour prouver que, par les expressions *opposer la compensation*, dont il se sert si souvent, le Code a entendu *invoquer*, *faire valoir* la compensation *légalement accomplie :* on le voit clairement ici, puisque l'article parle d'un débiteur qui n'a point *opposé la compensation* pour une dette *qui était éteinte de plein droit.* Cet article réfuterait donc à lui seul la doctrine contraire de Toullier et de Delvincourt sur l'art. 1296.

Ce débiteur qui, au lieu de se prévaloir de la compensation accomplie, paye sa dette éteinte comme si elle existait encore, se trouve ainsi avoir payé une chose indue, et il peut dès lors répéter, aux termes de l'art. 1235. Il le peut alors même qu'il aurait payé sachant bien qu'il ne devait pas et sans aucune erreur, ainsi que nous l'avons prouvé déjà sous l'art. 1235 (n° III, 3e alin.), où nous avons fait remarquer que l'art. 1377 (qui n'accorde la répétition qu'à celui qui a payé par erreur) ne parle que de celui qui a payé une dette véritablement existante, mais qui n'était pas la sienne, tandis que l'art. 1376 (qui parle du cas où la dette payée n'existait pas, comme dans notre espèce) accorde la répétition absolument et sans aucune condition d'erreur du payant.

848. Quand le débiteur, qui a ainsi payé à son ex-créancier une dette éteinte par la compensation de la créance qu'il avait contre lui, vient agir ensuite contre celui-ci, ce n'est pas cette créance qu'il exerce, comme on pourrait le croire d'après les termes inexacts de notre article ; c'est, comme on vient de le voir et comme l'a bien reconnu l'orateur du gouvernement dans l'Exposé des motifs, une créance nouvelle résultant du payement fait indûment. Il est clair, en effet, que l'ancienne

créance de ce débiteur s'est éteinte comme et avec sa dette, puisqu'il y a eu compensation de l'une par l'autre. Il est tout simple, dès lors, que les privilèges, les hypothèques, les cautionnements, ou toutes autres garanties qui protégeaient la créance et qui se sont éteintes avec elle, ne puissent plus être invoqués...Toutefois, la loi fait revivre ces garanties au profit de la nouvelle créance, et permet de s'en prévaloir comme si la créance primitive subsistait toujours, lorsque celui qui a payé sans invoquer la compensation ne l'a fait que par une ignorance excusable de l'existence de la créance qui lui appartenait ; par exemple, quand cette créance résultait d'un testament qui n'a été découvert que postérieurement au payement fait. Bien entendu, c'est à lui de prouver cette ignorance et la légitimité de cette ignorance, qui ne seront que des points de fait à apprécier par les magistrats.—En appliquant notre article devant le Corps législatif, M. Bigot-Préameneu a formellement déclaré que si le débiteur créancier ne peut plus se prévaloir ici des privilèges ou hypothèques, c'est parce que " la compensation *s'opérant de plein droit et éteignant l'obligation*, LES ACCESSOIRES de cette obligation sont aussi anéantis." (Fenet, t. XIII, p. 285.) Cette proclamation du principe suffit bien pour établir que ce qui est dit dans l'article des privilèges et hypothèques s'étend à tous autres accessoires quels qu'ils soient, et notamment au cautionnement.

II.—849. La règle et l'exception indiquées par notre article pour le débiteur créancier qui a *payé* la dette éteinte par compensation de sa créance s'appliqueraient également à celui qui, au lieu de payer cette dette, en aurait accepté la cession purement et simplement.

Ainsi, quand je dois 1,000 francs à Pierre qui me doit lui-même une pareille somme, et que j'accepte cependant sans observation la cession qu'il fait à Paul de sa créance sur moi, il est clair qu'en me soumettant ainsi à payer au cessionnaire de Pierre les 1,000 francs que je ne devais plus à celui-ci, je replace ce dernier dans la nécessité de me payer à son tour les 1,000 francs dont il était libéré envers moi comme si je

l'étais envers lui : si, en acceptant la cession que Pierre fait d'une créance éteinte, je m'oblige par là même à payer une somme égale à son cessionnaire (art. 1295), il est bien clair que Pierre, en faisant et me proposant d'accepter cette cession d'une créance éteinte, s'oblige aussi à me payer une somme égale à la dette qu'il avait envers moi, et qui ne s'était éteinte que par compensation de la créance qu'il cède aujourd'hui. Toutefois, comme les 1,000 francs qu'il me doit par là constituent bien une créance égale à l'ancienne, mais non cette ancienne créance elle-même, il s'ensuit que je n'aurais plus les garanties qui protégeaient cette ancienne créance : ce sera l'application de la règle posée par notre article.

850. Mais il est évident qu'il faut apporter à la règle, pour ce cas parfaitement analogue, l'exception que l'article indique. Si j'avais une juste cause d'ignorer ma créance et la compensation qu'elle a produite ; si, par exemple, ma créance (hypothéquée, cautionnée, etc.) me provenait de la succession d'un parent demeurant fort loin et dont je n'avais pas encore pu connaître la mort au moment que j'ai accepté la cession faite à Paul, il est clair que cette acceptation de la cession ne devra pas plus me priver du droit d'exercer les garanties attachées à ma créance que ne le ferait le payement que j'aurais pu faire : l'exception de faveur que notre article attribue à l'erreur raisonnable pour le cas de payement existera nécessairement aussi pour le cas d'acceptation de cession, et l'on peut même dire que c'est par *à fortiori* qu'il en doit être ainsi. En effet, rien n'est plus énergique, pour la renonciation à la compensation qu'on pourrait invoquer contre une dette, que le payement même de cette dette ; au contraire, quand un débiteur accepte la cession que fait son créancier, son acceptation, même pure et simple, pourrait encore s'entendre ainsi : " Je consens, ni plus ni moins, à être vis-à-vis du cessionnaire *dans la position où j'étais* vis-à-vis du cédant, et par conséquent je ne renonce à aucun des droits que je puis avoir contre celui-ci... " Donc si, à cause de la disposition, trop sévère peut-être, de l'art. 1295, cette acceptation produit ici

contre le débiteur autant d'effet que le payement lui-même, il est bien clair qu'elle ne peut pas en produire plus.

---

* 10 *Pand. frs., sur art.* 1299: *C. N.* } Nous renvoyons toujours au Traité des obligations de M. Pothier. (1) On ne peut pas trouver une explication plus certaine, plus juste et plus claire de toutes ces dispositions, que dans l'ouvrage même d'où ils sont tirés.

219. La Cour souveraine d'Aix voulait que l'on énonçât le principe, que celui qui a payé une dette compensée peut répéter. Il est implicitement compris dans cette disposition. D'ailleurs il est de droit ; car alors il y a paiement de ce qui n'était pas dû.

La rédaction actuelle est due à une observation de la Cour souveraine de Poitiers. L'article dans le premier projet était conçu d'une manière inexacte.

Belle de Toulouse a trouvé dans cet article une extrême sévérité.

On ne voit pas où elle est ; car la dette étant éteinte par la compensation, les privilèges et hypothèques se sont évanouis comme accessoires. Il n'est pas possible de les faire revivre au préjudice des tiers à qui ils ne peuvent nuire.

Le Code civil conserve tout ce que l'équité peut demander en accordant la conservation de ces privilèges et hypothèques dans le cas d'une erreur justement fondée.

---

* 2 *Mourlon, sur art.* 1299, *C. N.* } 1453 *quinquies*.—Art. 1299 : " Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte " par la compensation, ne peut plus, en exerçant la *créance*

(1) Part. 3, ch. 4.

Voy. aussi TYNDAR. *in tractat. de compensat.* SEBAST. DE MEDICIS, *eod. tractat.* GUY PAP. quest. 567. PAPON, en ses arrêts, liv. 12, tit. 6, art. 2 et 5. BACQUET, des Droits de Justice, ch. 8. BOUVOT, tom, 2, au mot *Compensation.* BELORD, en ses controverses, lett. C, liv. 3, ch. 63. CHARONDAS, en ses Pandectes, liv. 2, ch. 39, et en ses observations, au mot *Cession.*

" dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au " préjudice *des tiers*, des privilèges ou hypothèques (ajoutez : " ou cautionnements) qui y étaient attachés, à moins qu'il " n'ait eu une *juste* cause d'ignorer la créance qui devait " compenser sa dette." Un débat bien connu se rattache à cette disposition. Précisons-le. Lorsqu'une compensation a libéré deux débiteurs l'un envers l'autre, celui d'entre eux qui a payé, comme si elle existait encore, la dette dont il était tenu avant que la compensation l'eût éteinte, peut-il exercer *son ancienne créance*, ou n'a-t-il pour agir qu'une *condictio indebiti* ? Telle est la question que la loi devait résoudre. Comment l'a-t-elle résolue ? voilà ce que nous avons à rechercher.

Une donnée bien simple s'offre tout d'abord à notre esprit. La dette qui a été payée n'existait pas, puisque la compensation l'avait éteinte. Aucun fait nouveau ne peut faire revivre une dette qui a cessé d'exister : donc, dans l'espèce, celui qui a livré ses fonds les a payés *sans cause* ou *indûment*. Donc il peut les répéter par la *condictio indebiti*.

Quant à *son ancienne créance*, il ne saurait en être question : la compensation l'a, en effet, définitivement éteinte. Donc une action unique existe à son profit, l'action née du paiement de l'indu.

A la vérité, quand il a eu *une juste cause* d'ignorer la compensation, la loi lui permet de se prévaloir, même au préjudice des tiers, des privilèges et hypothèques attachés à son ancienne créance ; mais ces accessoires, réputés subsistants *æquitate juris*, ne se soutiennent qu'avec et par la *condictio indebiti* dont il est investi. C'est à tort et par inadvertance que la loi le suppose, en ce cas, maintenu dans la plénitude de *sa créance originaire*.

1453 *sexies.*—Telle est la doctrine le plus généralement admise. Je ne la suivrai point. A mes yeux, elle a un défaut essentiel : le texte de la loi y est positivement contraire.

Deux cas sont prévus dans le texte, semblables quant au fait principal qui les constitue, mais séparés par une moda-

lité particulière à laquelle la loi rattache les deux règles qu'elle oppose l'une à l'autre. La loi suppose en effet, dans la première et dans la seconde de ses dispositions, que le débiteur qui a payé ne l'a fait que sous la pression *d'une erreur.* La différence entre les deux cas ne consiste qu'en ce point : Dans le premier cas, il aurait pu, s'il eût été quelque peu attentif à ses affaires, aisément découvrir la compensation qui l'avait libéré : s'il ne l'a pas connue, c'est qu'il a manqué de prudence. Dans le second cas, il est irréprochable : il a ignoré, et il avait *une juste cause* d'ignorer sa libération : son erreur a été, en quelque sorte, invincible.

La loi tient compte de cette différence. Dans le premier cas, elle veut bien que celui des débiteurs qui a payé recouvre *son ancienne créance contre son ancien débiteur ;* mais elle ne lui permet point de s'en prévaloir à l'effet d'exercer *à l'encontre des tiers* les hypothèques et cautionnements dont la compensation les avait libérés. Dans le second cas, la loi le relève de tous les effets de la compensation, et lui restitue, *même au préjudice des tiers*, *son ancienne créance*, à laquelle elle rattache, comme s'ils n'avaient jamais été éteints, les privilèges, hypothèques et cautionnements, dont à son origine elle était nantie.

1453 *septies.*—Une troisième hypothèse est possible. Il se peut que le paiement dont nous traitons ait été fait et reçu *en parfaite connaissance de la compensation* : que décider alors ? La loi n'a sur ce chef aucune disposition ; mais il est facile de suppléer à son silence. Nous avons admis que les parties peuvent, par un accord exprès ou même tacite, renoncer à la compensation qui a lieu à leur profit. Or, si, quoique la connaissant, elle consentent, l'une à faire, l'autre à recevoir, le paiement de l'une des deux dettes éteintes n'est-il pas vrai que l'acte auquel elles donnent l'une et l'autre leur consentement implique du chef de chacune d'elles la volonté de considérer comme non avenue leur réciproque libération ? Ce que nous avons dit sous le nº 1453 *bis* devra, par conséquent, recevoir ici son application.

[ARTICLE 1198.]

* *C. N.* 1299. } Celui qui a payé une dette qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

SECTION VI.

DE LA CONFUSION.

1198. Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion qui éteint l'obligation. Néanmoins dans certains cas lorsque la confusion cesse d'exister, ses effets cessent aussi.

SECTION VI.

OF CONFUSION.

1198. When the qualities of creditor and debtor are united in the same person, there arises a confusion which extinguishes the obligation ; nevertheless in certain cases when confusion ceases to exist, its effects cease also.

---

* *ff. De fidejussoribus et mandat. Liv.* 46, *Tit.* 1, *L.* 50. } Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fidejussore. Quod ad ipsius quidem portionem attinet obligatio ratione confusionis intercidit : aut (quod est verius) solutionis potestate. Sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fidejussoria, sed hereditaria : quoniam major tollit minorem. (PAPINIANUS.)

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Un créancier est devenu héritier en partie de son débiteur : il avait pour fidéjusseur son cohéritier. Quant à sa portion à lui-même, l'obligation est éteinte par confusion ; ou ce qui est plus vrai, par la puissance du paiement. Mais, quant à la part de son cohéritier, l'obligation subsiste, non pas l'obligation fidé-

jussoire, mais l'obligation héréditaire ; parce que la principale a détruit la moindre. (PAPINIEN.)

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1113.

---

* *Cod. de hered. act.*, *Liv.* 4, *Tit.* 16 *L.* 6. } Si adulta, cujus curam geris, pro triente patruo suo (quem etiam tutelam ejus administrasse proponis) heres extitit, nec ab eo quicquam exigere prohibita est ; debitum à coheredibus ejus pro besse petere non prohibetur, cùm ultra eam portionem qua successit, petitio non confundatur. Nam adversus adultam tuam rescindi postulas testamentum : si quidem coheredes ejus adeuntes hereditatem se etiam obligant. Et si non solvendo constituti probentur : postulata separatione, nullum ei damnum præses provinciæ fieri patietur.

Datum calend. decembris, AA. Coss 299. (DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS)

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Si l'adulte dont vous êtes curateur est héritière pour un tiers dans la succession de son oncle paternel, lequel, d'après ce que vous dites, a été son tuteur, et ne lui a point défendu d'exiger des cohéritiers, au *prorata* de leurs portions, la somme dont lui testateur était redevable, elle peut exiger cette dette de ses cohéritiers, proportionnellement aux deux tiers de la succession : car la dette n'est confuse que jusqu'à concurrence de la portion à laquelle l'adulte a succédé ; c'est contre les intérêts de votre pupille adulte que vous demandez que le testament soit rescindé : car ses cohéritiers, en acceptant l'hérédité, s'obligent aussi à payer la dette. Et s'il était prouvé qu'ils fussent insolvables, le président de la province ne permettra point, après que la demande en séparation de patrimoine aura été faite, qu'elle souffre aucun dommage.

Fait pendant les cal. de décemb., sous le cons. des mêmes emp. 299. (DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, nos 641, 642, 643. } 641. On appelle *confusion*, le concours de deux qualités dans un même sujet, qui se detruisent.

Celle dont il est ici question est le concours des qualités de créancier, et de débiteur d'une même dette dans une même personne.

Nous verrons : 1° en quel cas se fait cette confusion ; 2° quel en est l'effet.

Les jurisconsultes romains admettaient une autre espèce de confusion, dans le cas auquel une caution succédait au débiteur principal, *aut vice versâ ;* nous n'en dirons rien ici, en ayant déjà traité *suprà*, part. 2, chap. 6, sect 1, coroll. 6.

642. Cette confusion se fait lorsque le créancier devient héritier de son débiteur ; *aut vice versâ*, lorsque le débiteur devient héritier de son créancier; car l'héritier succédant à tous les droits, tant actifs que passifs, du défunt, lorsque le créancier devient héritier de son débiteur, il devient, en cette qualité d'héritier, débiteur de la dette dont il est de son chef le créancier ; et *vice versâ*, lorsque le débiteur devient l'héritier de son créancier, il devient, en sa qualité d'héritier, créancier de la même dette dont il est de son chef le débiteur.

En l'un et l'autre cas, les qualités de créancier et de débiteur de la même dette se trouvent donc concourir en une même personne.

La même chose arrive lorsque le créancier succède au débiteur à quelque autre titre qui le rend sujet à ses dettes ; comme s'il devient son donataire universel, ou lorsque le débiteur succède, à quelque titre que ce soit, à la créance du créancier.

Dans tous ces cas, les qualités de créancier et de débiteur de la même dette se trouvent concourir en une même personne.

La même chose arrive encore, lorsqu'une même personne devient héritière du créancier et du débiteur, ou succède à l'un et à l'autre à quelque autre titre universel.

L'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire,

n'opère aucune confusion : car c'est un des effets du bénéfice d'inventaire, " que l'héritier bénéficiaire et la succession soient regardés comme deux personnes différentes, et que leurs droits respectifs ne se confondent pas."

643. Il est évident que, par le concours de ces deux qualités contraires de créancier et de débiteur en une même personne, elles se détruisent mutuellement : car on ne peut être le créancier et le débiteur tout à la fois, on ne peut être créancier de soi-même, ou débiteur envers soi-même.

De là résulte indirectement l'extinction de la dette, lorsqu'il n' y a pas d'autre débiteur. Car, comme il ne peut y avoir de dette sans débiteur, la confusion éteignant dans la personne qui était seule débitrice la qualité de débiteur, et ne restant plus par conséquent de débiteur, il ne peut plus y avoir de dette : *Non potest esse obligatio sine personâ obligatâ.*

---

* *C. N.* 1300. } Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances.

1199. La confusion qui s'opère par le concours des qualités de créancier et de débiteur principal en la même personne profite aux cautions.

Celle qui s'opère par le concours des qualités de caution et de créancier, ou de caution et de débiteur principal, n'éteint pas l'obligation principale.

1199. The confusion which takes place by the concurrence of the qualities of creditor and principal debtor in the same person, avails the sureties.

That which takes place by the concurrence of the qualities of surety and creditor or of surety and principal debtor does not extinguish the principal obligation.

[ARTICLE 1199.]

* *ff De fidej. et mand.*, *Liv.* 46, *Tit.* 1, *L.* 38, § 1. } § 1. A Titio qui mihi ex testamento sub conditione decem debuit, fidejussorem accepi, et ei heres extiti : deinde conditio legati extitit. Quæro an fidejussor mihi teneatur ? Respondit : Si ei à quo tibi erat sub conditione legatum, cùm ab eo fidejussorem accepisses, heres extiteris, non poteris habere fidejussorem obligatum : quia nec reus est pro quo debeat, sed nec res ulla quæ possit deberi. (MARCELLUS.)

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } § 1. Titius me devait en vertu d'un testament dix sous condition ; il m'a donné une caution, et je suis devenu son héritier. Je demande si le fidéjusseur m'est obligé ? Il m'a répondu : Si vous êtes devenu héritier de celui qui était grevé pour vous d'un legs sous condition, mais après avoir reçu de lui une caution, vous ne pouvez pas regarder ce fidéjusseur comme obligé ; parce qu'il n'y a pas de débiteur qui vous doive, ni de chose qui puisse vous être due. (MARCELLUS).

---

* *ff. De solut. et liber.*, *Liv.* 46, *Tit.* 3, *L.* 34, § 8. } § 8. Quidam filiumfamilias à quo fidejussorem acceperat, heredem instituerat. Quæsitum est, si jussu patris adisset hereditatem, an pater cum fidejussore agere posset ? Dixi, quotiens reus satisdandi reo satis accipiendi heres existeret, fidejussores ideo liberari : quia pro eodem apud eumdem debere non possent. (JULIANUS.)

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } § 8. Quelqu'un avait institué un fils de famille de qui il avait reçu un fidéjusseur. On a demandé, dans le cas où il aurait accepté l'hérédité par l'ordre de son père, si le père pouvait avoir action contre le fidéjusseur. J'ai répondu que toutes les fois que le fidéjusseur était héritier du stipulant caution, les fidéjusseurs sont libérés ; parce qu'ils ne peuvent devoir au même pour le même. (JULIANUS.)

---

* *ff. De Div. reg. juris, Liv.* 50, *Tit.* 17, *L.* 128, § 1, *L.* 129 § 1. } *L.* 128, § 1. Hi qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur. (Paulus).

L. 129, § 1. Cùm principalis causa non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur, locum habent. (Paulus).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } *L.* 128, § 1. Ceux qui succèdent à un défunt à titre universel, sont regardés en droit comme héritiers. (Paul).

L. 129, § 1. Lorsque la chose principale est détruite, ce qui en était l'accessoire l'est également. (Paul).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*,) *Oblig.*, *nos* 340, 383 *et s.*, 644 *et s.* } La nullité de l'obligation pénale n'entraîne pas celle de l'obligation primitive.

La raison est que l'accessoire ne peut, à la vérité, subsister sans le principal ; mais le principal ne dépend pas de l'accessoire, et peut subsister sans lui. C'est ce que décide la loi 97, ff. *de Verb. oblig. Si stipulatus sum te sisti, nisi stiteris, hippocentaurum dari, perindè erit atque si te sisti solummodo stipulatus essem ;* et comme dit Paul en la loi 126, § 3, *dict. tit. : Detractâ primâ stipulatione, prior manet utilis.*

383. *Corollaire* VI.—De ce que le fidéjusseur, suivant notre définition, est celui qui s'oblige pour un autre, qui accède à l'obligation d'un autre, les jurisconsultes romains avaient tiré cette conséquence, que, toutes les fois que les deux qualités de débiteur principal et de fidéjusseur de ce débiteur se trouvaient concourir dans une même personne, ce qui arrive lorsque le fidéjusseur devient héritier du débiteur principal ; *aut vice versâ*, lorsque le débiteur principal devient héritier du fidéjusseur, ou lorsqu'un tiers devient héritier de l'un et de l'autre ; en tous ces cas, la qualité de débiteur principal détruisait celle de fidéjusseur ; un fidéjusseur étant essentiellement celui qui est obligé pour un autre, et ne pouvant être le fidéjusseur de soi-même : d'où ils concluaient que, dans tous ces cas, l'obligation du cautionnement était

éteinte, et qu'il ne restait plus que l'obligation principale ; L. 93, § 2, *et fin* ff. *de Solut.;* L. 5, ff. *de Fid.;* L. 24, Cod. *de Fidej.*

De là ils concluaient que, si le fidéjusseur avait lui-même donné un fidéjusseur qui accédât à son obligation, en tous ces cas, l'obligation de ce fidéjusseur du fidéjusseur était éteinte par l'extinction de celle du fidéjusseur, qui était comme une obligation principale vis-à-vis de celle de ce fidéjusseur du fidéjusseur ; L. 38 ; § *Fin.* ff. *de Solut.*

Selon nos usages, on n'a pas égard à cette subtilité ; et un certificateur de caution, qui est *fidejussor fidejussoris*, n'est pas déchargé parce que le fidéjusseur qu'il a certifié est devenu héritier du principal débiteur, *aut vice versâ.* Il y a d'autant plus lieu de le penser, que les jurisconsultes romains avaient été partagés d'avis sur cette question ; *eâd.* L. 93, § *fin.*.

Au surplus, quand même on déciderait, suivant le droit romain, qu'il se ferait, dans ce cas, confusion de l'obligation du fidéjusseur, les hypothèques données par ce fidéjusseur ne laissent pas de subsister ; car les hypothèques ne s'éteignent que par le paiement ; et cette confusion, qui, selon la subtilité, désoblige le fidéjusseur en sa qualité de fidéjusjusseur, n'équipolle pas à un paiement : c'est ce qui est décidé *eâd.* L. 38, § *fin.*

Lorsque la caution devient héritière de son cofidéjusseur, il est indubitable qu'il ne se fait, en ce cas, aucune confusion, et que les deux obligations subsistent, quoique réunies dans une même personne (L. 21, § 1, ff. *de Fidej.;*) de même que les deux obligations subsistent, lorsqu'un débiteur principal succède à son codébiteur principal ; L. 5, ff. *eod. tit.*

384. De ce qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs d'accéder à l'obligation d'un débiteur principal, il n'en faut pas conclure qu'elle soit éteinte lorsque le débiteur principal est mort sans avoir laissé d'héritiers. La raison de douter serait qu'il ne reste aucun débiteur principal à l'obligation duquel le fidéjusseur puisse paraître accéder.

La raison de décider, qui peut en même temps servir de réponse à cette objection, est que la succession de ce débiteur principal, quoique vacante, le représente, et tient lieu de sa personne, suivant la règle *Hæreditas jacens personæ defuncti vicem sustinet ;* et par conséquent il reste, au moins *fictione juris*, un débiteur principal, à l'obligation duquel accède celle des fidéjusseurs.

Vice versâ, lorsque le créancier envers qui le cautionnement a été subi, meurt, et laisse sa succession vacante, cette succession le représente, et est une personne fictive envers laquelle le cautionnement continue de subsister.

385. Lorsque le cautionnement a été subi envers un créancier dans une certaine qualité qu'avait le créancier, le cautionnement subsiste envers les personnes à qui cette qualité a passé.

Par exemple, si j'ai cautionné le débiteur d'une succession envers l'héritier, en sa qualité d'héritier, cet héritier ayant depuis restitué la succession à un héritier fidéicommissaire en la personne de qui la qualité d'héritier et tous les droits héréditaires ont passé, le cautionnement subsiste envers l'héritier fidéicommissaire ; L. 21, ff. *de Fid.*

644. L'extinction de l'obligation principale qui se fait par la confusion, lorsque le créancier devient héritier du débiteur principal, *aut vice versâ*, entraîne aussi l'extinction de l'obligation des cautions ; L. 38, § 1, ff. *de Fidej.;* L. 34, § 8 ; L. 71, ff. *de Solut.*

La raison est que les obligations des cautions ne sont qu'accessoires de l'obligation du débiteur principal : *Fidejussor accedit obligationi rei principalis*.

D'où il suit qu'elles ne peuvent subsister, lorsque l'obligation principale ne subsiste plus, suivant cette règle de droit : *Quum principalis causa non subsistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent* (L. 129, § 1, ff. *de Reg. jur.*;) et cette autre : *Quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur, quum principales res peremptæ fuerint ;* L. 2, *ff. de Pecul. leg.*

Ajoutez qu'une caution suppose un débiteur principal, pour

qui la caution soit obligée : d'où il suit que, lorsqu'il n'y a plus, au moyen de la confusion, de débiteur principal pour qui la caution soit obligée, il ne peut plus y avoir de caution.

C'est la raison qu'apporte la Loi 38, § 1, ff. *de Fidej.; quia nec reus est pro quo debeat.*

Ajoutez encore qu'il répugne que je sois obligé comme caution pour quelqu'un envers lui-même : il est donc nécessaire que l'obligation de la caution s'éteigne, lorsque la personne pour qui elle est obligée, devient, par l'acceptation de la succession du créancier, une même personne avec celle envers qui la caution s'est obligée : *Fidejussores ideo liberari, quia pro eodem apud eumdem debere non possunt.*

C'est la raison de la Loi 34, § 8, *de Solut.*

645. *Contrà vice versâ*, l'extinction qui se fait de l'obligation de la caution par la confusion, lorsque le créancier devient l'héritier de la caution, ou que la caution devient l'héritière du créancier, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale : *Si creditor fidejussori hæres fuerit, vel fidejussor creditori ; puto convenire confusione obligationis non liberati reum ;* L. 71, ff. *de Fidejussor.*

La raison de cette différence est, que l'obligation accessoire ne peut, à la vérité, subsister sans l'obligation principale, mais l'obligation principale n'a pas besoin de l'obligation accessoire pour subsister.

La confusion diffère en cela du paiement.

La raison de cette différence est, que le paiement fait que la chose n'est plus due : car la chose due cesse de l'être, lorsqu'elle a été payée par quelque personne que ce soit. Or il ne peut plus rester de débiteur, ni principal, ni accessoire, lorsqu'il n'y a plus de chose due : par conséquent le paiement fait par la caution, ayant fait que la chose due par la caution, qui est la même que celle due par le créancier, n'est plus due, et ne restant plus de chose due, il est nécessaire que l'obligation du débiteur principal soit éteinte, aussi bien que celle de la caution qui a payé.

Dites la même chose de la remise réelle, de la compensa-

tion, de la novation, et des autres espèces de libération qui équipollent au paiement.

Au contraire, la confusion fait seulement que la personne du débiteur en qui se trouve concourir la qualité de ce créancier, cesse d'être obligée ; parce qu'elle ne le peut être envers elle-même : *Personam eximit ab obligatione :* mais rien n'empêche que l'obligation du débiteur principal ne subsiste, quoique la caution ait cessé d'être obligée.

Par la même raison, lorsque le créancier de deux débiteurs solidaires devient héritier de l'un d'eux, *aut vice versâ*, lorsque l'un d'eux devient héritier du créancier, l'autre codébiteur demeure obligé.

Est-ce pour le total ?

La Loi 71, ff. *de Fidej.*, décide que, si ces débiteurs solidaires étaient associés, ce débiteur, qui n'était, en ce cas, débiteur du total qu'à la charge d'un recours contre celui en la personne de qui la confusion s'est faite, ne demeurait obligé que sous la déduction de la part pour laquelle il avait eu ce recours contre lui, n'étant pas juste que la confusion le prive de ce recours.

Dans notre droit français, chacun des dcbiteurs solidaires, quoiqu'ils ne soient pas associés, ayant, en payant, recours contre les autres pour leur part, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 281, il faut décider indistinctement que, lorsqu'il se fait confusion de la dette en la personne de l'un des débiteurs solidaires, l'autre ne demeure obligé que sous la déduction de la part pour laquelle il aurait eu recours contre celui en la personne de qui la confusion s'est faite.

Nous avons déjà vu *suprà*, n° 275, que, lorsque le créancier avait déchargé l'un des débiteurs solidaires, l'autre ne demeurait obligé que sous la déduction de la part pour laquelle il eût eu recours contre son codébiteur qui a été déchargé : par la même raison le codébiteur de celui qui a été déchargé par la confusion, ne doit demeurer débiteur que sous la déduction de la part pour laquelle il eût eu recours contre lui.

646. Si celui qui était créancier de Pierre d'une certaine

somme, m'a cédé sa créance, et qu'avant que Pierre ait accepté le transport, ou que je le lui aie fait signifier, il devienne héritier de Pierre, qui est le débiteur ; il se fera, à la vérité, confusion et extinction de la dette de Pierre, qu'il m'a cédée ; mais comme il était, par la cession qu'il m'a faite, débiteur envers moi de ce droit de créance qu'il m'avait cédé, et que c'est par l'acceptation qu'il a faite de la succession du débiteur, et par conséquent par son fait, que cette créance qu'il m'avait cédée, a été éteinte, il est tenu de m'en fournir la valeur : car tout débiteur est tenu de payer le prix ou la valeur de la chose qu'il devait, lorsque c'est par son fait qu'elle a cessé d'exister, comme nous le verrons *infrà*, nº 661.

Si le transport avait déjà été accepté ou signifié lorsque mon cédant est devenu héritier du débiteur, il ne serait pas fait de confusion, parce qu'il n'était plus effectivement le créancier, et que je l'étais devenu à sa place.

647. Lorsque le créancier devient héritier, non du débiteur, mais de celui qui était obligé d'acquitter le débiteur, il ne se fait pas, à la vérité, confusion de la dette, mais elle s'éteint au moins indirectement, et quant à l'effet. Il ne peut plus l'exiger du débiteur, ayant succédé à l'obligation de l'en garantir et de l'indemniser.

648. Pour qu'il se fasse confusion totale de la dette, il faut que la même personne réunisse non-seulement la qualité de créancier, mais celle de créancier du total : elle doit de même réunir, non-seulement la qualité du débiteur, mais celle de débiteur du total.

Si celui qui n'est que créancier pour partie, devenait héritier unique du débiteur, il est évident qu'il ne se ferait confusion et extinction que de la partie de la dette dont il est créancier : *et vice versâ*, si le créancier du total devenait héritier de celui qui n'était que débiteur pour partie, il ne se ferait confusion que de cette partie de la dette.

Il n'est pas moins évident que, lorsque le créancier du total devient l'un des héritiers du débiteur du total, il se fait confusion et extinction de la dette, seulement quant à la par-

tie pour laquelle il est héritier, et pour laquelle il est tenu de toutes les autres dettes de la succession ; mais la créance subsiste contre ses cohéritiers, pour la part dont chacun d'eux est tenu des dettes ; L. 50, ff. *de Fidejuss.;* L. 1, Cod. *de Hæred. act.*

---

* *C. N.* 1301. } La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions.

Celle qui s'opère dans la personne de la caution, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale.

Celle qui s'opère dans la personne du créancier, ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur.

SECTION VII.

DE L'IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTER L'OBLIGATION.

1200. Lorsque le corps certain et déterminé qui est l'objet de l'obligation périt, ou que, pour quelqu'autre cause, la livraison en devient impossible, sans le fait ou la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte ; elle est également éteinte, lors même que le débiteur est en demeure, dans le cas où la chose serait également périe en la possession du créancier ; à moins que, dans l'un et

SECTION VII.

OF THE PERFORMANCE OF THE OBLIGATION BECOMING IMPOSSIBLE.

1200. When the certain specific thing which is the object of an obligation perishes, or the delivery of it becomes from any other cause impossible, without any act or fault of the debtor, and before he is in default, the obligation is extinguished ; it is also extinguished although the debtor be in default, if the thing would equally have perished in the possession of the creditor ; unless in either of

l'autre de ces deux cas, le débiteur ne se soit expressément chargé des cas fortuits.

Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

La destruction de la chose volée, ou l'impossibilité de la livrer, ne décharge pas celui qui l'a volée, ou celui qui sciemment l'a reçue, de l'obligation d'en payer la valeur.

the above mentioned cases the debtor has expressly bound himself for fortuitous events.

The debtor must prove the fortuitous event which he alleges.

The destruction of a thing stolen or the impossibility of delivering it does not discharge him who stole the thing, or him who knowingly received it, from the obligation to pay its value.

V. *Digeste*, cité sur art. 1150 et autorités sur arts. 1201 et 1202.

---

* *ff. De verb. oblig.*, *Liv.* 45, *Tit.* 1, *L.* 57, *L.* 82, § 1, *et L.* 136. } *L.* 57. Si quis, *si Titius consul factus erit*, *decem dari* spoponderit : quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum. (JULIANUS).

L. 82, § 1. Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominùs proinde ac si homo viveret. Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quàm restituere. (ULPIANUS).

L. 136. Si sub una significatione divisis nominibus ea res quæ in stipulatum deducitur, appellatur, non infirmat obligationem, si alter altero verbo utatur.

§ 1. Si qui *viam ad fundum suum dari* stipulatus fuerit postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio. (PAULUS).

Ibidem. *Trad. de M. Berthelot.* } *L.* 57. Si quelqu'un a promis de donner dix dans le cas où Titius serait fait consul ; quoique le prometteur décède la condition étant en suspens, il laisse son héritier obligé. (JULIEN).

L. 82, § 1. Si un homme est mort après que le prometteur a été en demeure, celui-ci est obligé de la même manière que si l'homme vivait. Et celui-là paraît constitué en demeure qui a mieux aimé plaider que rendre. (ULPIEN).

L. 136. Quand l'objet d'une stipulation a des noms différents qui signifient la même chose, chaque stipulant peut employer un nom différent, sans que la stipulation en soit moins valable.

§ 1. Si quelqu'un a stipulé qu'on lui donnerait un chemin pour aller à son champ, et qu'avant l'établissement de la servitude il ait aliéné le champ en tout ou en partie, la stipulation est annulée. (PAUL).

---

* *ff. De legatis, Liv.* 30, *liv. I, L.* 47, § 6. } §. 6. Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique æstimationem non deberi. Quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit : potuit enim eum acceptum legatarius vendere. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } § 6. Si le terrain légué a éte englouti, Labéon pense que l'héritier n'en doit point l'estimation. Ce sentiment n'est vrai qu'autant que cet accident sera arrivé avant que l'héritier soit en demeure de livrer le fonds ; car si le légataire l'eût reçu il aurait pu le vendre. (ULPIEN).

---

* *ff. De rei revend., Liv.* 6, *Tit.* 1, *L.* 15, §§ 1, 2. } 15. Item, si verberatum tradidit, Labeo ait etiam injuriarum competere actionem petitori.

§ 1. Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio judicis succurretur, ut pretium duntaxat debeat restituere : nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, æquè non ampliùs quàm pretium præstabit.

§ 2. Item, si fortè ager fuit, qui petitus est, et militibus adsignatus est, modico honoris gratia possessori dato, an hoc restituere debeat ? Et puto præstaturum. (ULPIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } 15. Labéon pense que le demandeur peut aussi intenter l'action d'injures contre le possesseur qui lui rendrait son esclave après l'avoir maltraité avec violence.

§ 1. Si le possesseur a aliéné la chose par nécessité, on pourrait dire que le juge devrait venir à son secours, et ne le condamner qu'à la restitution du prix ; comme aussi il ne doit rendre que le prix, lorsqu'il a vendu les fruits perçus dans la crainte qu'ils ne vinssent à se corrompre.

§ 2. De même, s'il s'agit de la revendication d'un champ que le prince a donné à ses soldats en payant au possesseur une somme modique, je pense qu'il doit restituer la somme qu'il a reçue. (ULPIEN).

---

* *ff. De condict. furtiva, Liv.* 13,
Tit. 1, *L.* 7, § 2 *et L.* 12. } *L.* 7, § 2. Condictio rei furtivæ, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat : nec tantùm, si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit. Sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est condictionem adversus heredem durare. Quæ in herede diximus, eadem erunt et in cæteris successoribus. (ULPIANUS).

L. 12. Et ideo eleganter Marcellus definit libro septimo ; ait enim : Si res mihi subrepta, tua remaneat, condices : sed et si dominium non tuo facto amiseris, æquè condices.

§ 1. In communi igitur re eleganter ait interesse, utrum tu provocasti communi dividundo judicio, an provocatus es : ut si provocasti in communi dividundo judicio, amiseris condictionem : si provocatus es, retineas.

§ 2. Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est. (ULPIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } *L.* 7, § 2. Comme la demande en restitution a pour but de faire rendre la chose au demandeur, elle peut être intentée contre l'héritier du

voleur, non-seulement si l'esclave volé existe, mais même s'il est mort. On doit aussi décider que cette action a lieu contre l'héritier du voleur, lorsque l'esclave est mort après le voleur, ou chez son héritier ou ailleurs. Ce que nous disons de l'héritier, doit être étendu à tous ceux qui succèdent au voleur à titre universel de quelque façon que ce soit. (ULPIEN).

L. 12. Ainsi, c'est avec raison que Marcellus décide, au livre sept, que si une chose a été volée entre les mains d'un autre que du propriétaire, celui-ci pourra intenter l'action en restitution, tant que la chose restera à lui, et même dans le cas où il en perdrait la propriété sans son fait.

§ 1. Si la chose volée est commune à deux personnes, il remarque fort bien qu'il faut distinguer lequel des deux propriétaires a demandé le partage, parce que celui-là perd son action, mais non pas celui qui a été défendeur sur la demande en partage.

§ 2. Nératius, dans ses livres des feuilles, rapporte l'avis d'Ariston, qui pensait que le créancier à qui on aurait volé la chose qui lui avait été donnée en gage, aurait une action sans dénomination particulière pour en demander la restitution. (ULPIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 649 *et s.* } 649. Il ne peut y avoir de dette, sans qu'il y ait quelque chose de dû, qui soit la matière et l'objet de l'obligation ; d'où il suit que, lorsque la chose qui était due vient à périr, ne restant plus rien qui soit l'objet et la matière de l'obligation, il ne peut plus y avoir d'obligation. L'extinction de la chose due emporte donc nécessairement l'extinction de l'obligation ; L. 33, 57, ff. *de Verb. oblig.*

650. Par la même raison, si la chose qui était due est devenue par la suite non susceptible d'être la matière et l'objet d'une obligation, il ne peut plus rester d'obligation. Cela arrive lorsque la chose qui était due devient hors du commerce.

C'est pourquoi Ulpien dit : *Is qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem, non tenetur ;* L. 51, ff. *de Verb. oblig.*

Suivant ce principe, si vous vous êtes obligé à me livrer un certain minot de terre, et que depuis, par autorité publique, on l'ait pris pour faire un grand chemin, la créance que j'avais de ce minot de terre est éteinte, parce que ce minot de terre étant devenu hors du commerce, n'est plus susceptible d'être l'objet et la matière d'une créance et d'une obligation : ne restant donc plus rien qui ne puisse être l'objet de la créance que j'avais, elle ne peut subsister.

651. Non-seulement lorsque la chose qui faisait l'objet de l'obligation devient non susceptible absolument d'obligation, l'obligation s'éteint ; elle s'éteint aussi lorsque cette chose qui m'était due, cesse de pouvoir m'être due, quoiqu'elle puisse être susceptible d'obligation envers un autre.

Il y en a un premier exemple en la loi 136, § 1, ff. *de Verb. oblig.*

Vous vous êtes obligé de me faire avoir pour mon héritage un droit de passage sur l'héritage voisin : avant que cette servitude ait été imposée, j'ai aliéné mon héritage, sans céder à l'acquéreur ma créance pour ce droit de passage (1) ; cette créance s'éteint, parce que le droit de passage qui en faisait l'objet, ne peut plus m'être dû, ce droit ne pouvant être dû qu'au propriétaire de l'héritage.

652. Un second exemple est, lorsque celui qui est créancier d'un corps certain, en vertu d'un titre lucratif, en devient propriétaire par un autre titre pareillement lucratif ; la créance de cette chose s'éteint en ce cas : *Omnes debitores qui speciem ex causâ lucrativâ debent, liberantur, quum ea species ex causâ lucrativâ ad creditores pervenisset ;* L. 17, ff. *de Oblig., et Act.*

La raison est tiré de notre principe :

Lorsque je suis devenu propriétaire de la chose qui m'était

(1) Si j'avais cédé à l'acquéreur du fonds une créance à cet égard, j'aurais intérêt à l'accomplissement de la première obligation, puisque je serais tenu moi-même envers cet acquéreur. (Bugnet).

due, elle ne peut plus m'être due ; car on ne peut me devoir ce qui est déjà à moi ; il répugne que quelqu'un soit obligé à me donner ce qui est déjà à moi (1), *nam quod meum est, ampliùs meum fieri non potest.* Ne restant donc plus rien qui puisse être le sujet de l'obligation, elle ne peut subsister.

De là cette règle des docteurs : *Duæ causæ lucrativæ in eamdem rem et personam concurrere non possunt.*

653. Pour que la dette s'éteigne, lorsque le créancier est devenu propriétaire de la chose qui lui était due, il faut qu'il ait acquis une pleine et parfaite propriété de cette chose ; sans cela la dette subsiste, et le débiteur de cette chose est obligé de parfaire au créancier ce qui manque à la perfection du droit de propriété qu'il a de cette chose.

Par exemple, si quelqu'un m'a légué un héritage qu'il savait n'être pas à lui, et que, depuis sa mort, et avant l'exécution du legs, le propriétaire m'en ait fait donation sous la réserve d'usufruit, la créance de cet héritage, que j'ai contre l'héritier du testateur n'est pas éteinte, quoique je sois devenu propriétaire de la chose qui m'était due ; parce qu'il manque quelque chose à la perfection de ma propriété, savoir l'usufruit dont mon héritage est chargé.

L'héritier du testateur demeure donc débiteur de cet héritage, en ce sens qu'il est obligé de racheter pour moi cet usufruit qui me manque, ou de m'en payer le prix.

Si on m'en a donné la pleine propriété, mais que la donation soit sujette à révocation, *putà* pour cause de survenance d'enfants, parce que le donateur n'en avait point lorsqu'il me l'a faite, il manque encore, en ce cas, quelque chose à la perfection de ma propriété, suivant cette règle : *Non videtur perfecte cujusque id esse, quod ei ex causâ auferri potest ;* L. 139, § 1, ff. *de Regul. jur.*

C'est pourquoi le débiteur demeure obligé à me faire conserver l'héritage, dans le cas auquel la donation qui m'en a

(1) Et je n'ai point d'indemnité à réclamer, puisque je n'ai point déboursé pour obtenir la chose. (BUGNET).

été faite viendrait par la suite à être révoquée par la survenance d'enfants.

654. Il faut aussi que ce soit à titre lucratif que je sois devenu propriétaire de la chose dont j'étais créancier, pour que ma créance s'éteigne. Si ce n'est qu'à titre onéreux que je l'ai acquise, *putà*, si on me l'a vendue, celui qui était mon débiteur de cette chose, n'est pas libéré ; car je ne suis pas censé avoir parfaitement acquis cette chose, lorsqu'il m'en coûte pour l'acquisition ; *Hactenùs mihi abesse res videtur, quatenùs sum præstaturus ;* L. 34, § 8, ff. *de Leg. rer.*

La créance que j'avais de cette chose ne laisse donc pas de subsister, à l'effet de me faire rembourser ce qu'il m'en a coûté.

655. Enfin pour que ma créance s'éteigne, lorsque je suis devenu propriétaire, quoiqu'à titre lucratif, de la chose qui m'était due, il faut que cette créance procède pareillement d'un titre lucratif ; car, si j'étais créancier à titre onéreux, *putà*, à titre d'achat, ma créance ne s'éteint point. *Quum creditor, ex causâ onerosâ, vel emptor, ex lucrativâ causâ rem habere cœperit, nihilominùs integras actiones retinent ;* L. 19, ff. *Oblig. et Act.—Adde* L. 13, § 15, ff. *de Act. empt.*

Par exemple, si j'ai acheté de vous un héritage qui ne vous appartenait pas, et que depuis, j'en sois devenu propriétaire par la donation ou par le legs que m'en a fait le véritable propriétaire, ma créance résultant de la vente que vous m'en avez faite, n'est pas éteinte.

La raison est, que tout débiteur à titre onéreux, tel qu'est un vendeur, est obligé à la garantie de la chose qu'il doit, et que cette garantie consiste dans l'obligation que contracte le vendeur, de faire avoir à l'acheteur la chose, en vertu de la vente qui lui en a été faite, *præstari emptori rem habere licere ex causâ venditionis ipsi factæ.* Il suffit donc que ce ne soit pas en vertu de la vente que vous m'avez faite que je tienne la chose, quoique j'en sois propriétaire d'ailleurs, pour qu'il y ait lieu à la garantie.

[ARTICLE 1200.]

656. Une chose qui est perdue, de manière qu'on ignore où elle est, est peu différente de celle qui a cessé d'exister.

C'est pourquoi, lorsque cette perte est arrivée sans la faute du débiteur ; comme lorsque, par une violence à laquelle il ne pouvait pas résister, la chose qu'il devait lui a été ravie par des voleurs qui l'ont emportée on ne sait pas où, le débiteur est quitte de son obligation, de même que si la chose avait cessé d'exister ; avec cette différence néanmoins, qu'une chose qui a cessé d'exister, ne pouvant plus revivre, le débiteur est quitte de son obligation absolument, lorsque la chose a cessé d'exister ; au lieu qu'une chose perdue pouvant se retrouver, le débiteur n'est quitte en ce cas de son obligation que pendant qu'elle sera perdue, et au cas qu'elle ne se retrouve pas.

Il reste une question sur cette matière.

Lorsque le débiteur d'un corps certain, qui ne s'est pas chargé des cas fortuits, et qui est seulement tenu des accidents qui seraient arrivés par sa faute, allègue que la chose par lui due est périe ou a été perdue sans sa faute, ou par un cas fortuit, est-ce au créancier à prouver que la perte est arrivée par la faute du débiteur ?

Ou au contraire, est-ce au débiteur à prouver le cas fortuit par lequel il prétend qu'elle est arrivée ?

Je pense qu'on doit décider que c'est au débiteur à prouver le cas fortuit.

Si un demandeur est obligé de fournir la preuve de ce qui sert de fondement à sa demande, le défendeur est obligé pareillement de fournir la preuve de ce qui sert de fondement à ses défenses : le créancier qui demande à son débiteur le paiement de la chose que son débiteur s'est obligé de lui donner, doit justifier de sa créance qui sert de fondement à sa demande ; et il en justifie par le rapport du titre de la créance : le débiteur qui oppose pour défenses contre cette demande, qu'il est quitte de la dette de cette chose, par le cas fortuit qui en a causé la perte, doit justifier des cas fortuits qui servent de fondement à ses défenses,

Cela est conforme à ce qu'enseigne Ulpien en la loi 19, ff. *de Prob. In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi opportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere, id est probare debere.*

657. Il est évident que les obligations d'un corps certain et déterminé s'éteignent par l'extinction de ce corps certain et déterminé.

A l'égard des obligations alternatives, elle ne s'éteignent pas par l'extinction de l'une des deux choses qui sont dues sous une alternative ; mais cette obligation, d'alternative qu'elle était, devient déterminée à l'autre qui reste.

La raison est que, dans l'obligation alternative de deux choses, les deux choses sont dues (*suprà* nº 246) : il suffit qu'il en reste une, pour qu'il y ait une chose due, et par conséquent un sujet suffisant d'obligation.

Par exemple, si, ayant deux chevaux, vous vous êtes obligé de me donner l'un des deux ; la mort de l'un des deux n'éteindra pas l'obligation, et vous me devrez celui qui reste ; *non jam alternatè, sed determinatè.*

Il en est de même si l'une des choses qui m'est due sous une alternative, cesse de pouvoir m'être due ; *putà*, si j'en deviens propriétaire à titre lucratif : l'obligation subsistera pour l'autre chose qui reste : *Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, alter ex eis meus sit factus ex aliâ causâ, reliquus debetur mihi à te ;* L. 16, ff. *de Verb. oblig.*

Le principe que nous avons établi, " que l'obligation alternative ne s'éteint point par l'extinction de l'une des choses qui était due sous une alternative, ni lorsqu'elle cesse de pouvoir m'être due," n'a lieu que lorsque cela arrive pendant que l'obligation est encore alternative : mais si cette obligation avait été déterminée à l'une des choses, *putà*, par l'offre que le débiteur aurait faite et la demeure en laquelle il aurait constitué le créancier de la recevoir ; en ce cas, il n'est pas douteux que l'obligation serait éteinte par l'extinction qui arriverait de cette chose ; L. 105, ff. *de Verb. oblig.*

658. L'extinction des obligations par l'extinction de la chose

due, ne peut tomber sur les obligations d'une somme d'argent ou de quelque quantité, comme de tant de muids de blé, de tant de livres de beurre, etc.; ni sur celle d'un corps indéterminé, comme d'une vache, d'un cheval, sans déterminer quelle vache, quel cheval : il ne peut y avoir, en ce cas, d'extinction de la chose due, ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui n'est pas déterminé ; *genus non perit.* (1).

C'est pourquoi la loi 11, Cod. *Si certum pet.*, décide que le débiteur d'une somme d'argent n'est point libéré par l'incendie de ses effets : *Incendium ære alieno non exuit debitorem* : car l'argent et ses autres effets qui ont péri par l'incendie, ne sont pas la chose qu'il doit ; c'est une somme d'argent, laquelle étant indéterminée, ne peut périr.

Mais si l'obligation indéterminée s'était déterminée à l'obligation d'un corps certain, par l'offre que le débiteur en aurait faite, et la demeure en laquelle il aurait constitué le créancier, il n'est pas douteux que cette obligation deviendrait dès lors sujette à s'éteindre, par l'extinction du corps qui a été offert.

659. Lorsque l'obligation n'est pas absolument indéterminée, et qu'elle est d'une chose indéterminée à la vérité, mais qui fait partie d'un nombre déterminé de certaines choses, elle peut s'éteindre par l'extinction de toutes ces choses.

Par exemple, si quelqu'un me doit un tonneau *du vin qu'il a dans une telle maison*, et qu'il en ait cent dans cette maison, tant qu'il en restera, son obligation subsistera : mais s'il n'en

(1) Cependant l'art. 1903, C. civ., en raisonnant dans le cas de la dette d'une quantité, suppose que le débiteur *est dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation* (et il faut admettre qu'il s'agit d'une impossibilité absolue car, s'il n'était question que d'une impossibilité relative, résultant de l'insolvabilité du débiteur, il ne pourrait pas davantage en payer la valeur). Cette disposition peut recevoir son application dans le cas où un genre de choses a été mis hors du commerce ou frappé d'un monopole. (BUGNET).

reste aucun, *putà*, si une inondation a tout emporté, l'obligation sera éteinte.

Cette décision a lieu, lorsque les termes de l'obligation sont limitatifs, et restreignent l'obligation à ce nombre de choses.

Il en serait autrement si les termes étaient seulement démonstratifs.

Par exemple, si quelqu'un s'était obligé à me fournir un tonneau de vin, *à prendre dans ceux de sa cave ;* quand même tous les tonneaux qui étaient dans la cave du débiteur auraient péri par cas fortuit, l'obligation ne serait pas éteinte, parce qu'elle n'est pas restreinte aux seuls tonneaux qui étaient dans la cave du débiteur. Ces termes, *à prendre*, ne sont point limitatifs, ils ne sont que démonstratifs ; ils désignent seulement *undè solvetur ;* ils ne tombent point sur la disposition, ils ne la restreignent point ; ils ne concernent que son exécution. Voyez *in Pandect. Justinian.*, le titre *de Cond. et Don.*, nº 235.

660. L'extinction de la chose due éteint la dette, lorsque la chose est totalement périe; s'il en reste quelque chose, la dette subsiste au moins pour ce qui en reste.

Par exemple, si j'étais créancier d'un troupeau qui m'a été vendu ou légué et qu'il n'en restât qu'une bête, les autres étant péries par une mortalité ; ou si j'étais créancier d'une maison qui a été depuis incendiée ; la dette du troupeau subsisterait quant à la bête qui en resterait, et pareillement la dette de la maison subsisterait quant à la place et aux matériaux qui en resteraient.

661. Pour que l'extinction de la chose due éteigne la dette, il faut aussi qu'elle arrive sans le fait ni la faute du débiteur, et avant qu'il ait été constitué en demeure.

Si la perte de la chose due est arrivée par le fait du débiteur, il est évident que l'obligation ne doit pas être éteinte, et qu'elle doit se convertir en l'obligation du prix de cette chose ; car le débiteur ne peut pas par son fait se libérer de son obligation, et faire perdre à son créancier sa créance.

Cette décision a lieu, quand même le débiteur aurait dé-

truit la chose avant qu'il sût qu'il en était débiteur ; L. 91 § 2, ff. *de Verb. oblig.*

662. Si la perte de la chose due est arrivée, non précisément par le fait du débiteur, mais par sa faute, parce qu'il n'a pas eu le soin qu'il devait en avoir, la dette n'est pas éteinte, et elle se convertit pareillement en l'obligation du prix de la chose.

On estime à cet égard différemment la faute du débiteur, suivant la différente nature des contrats d'où n'aît l'obligation ; *suprà*, n° 142.

663. Enfin, la perte de la chose due n'éteint point l'obligation, lorsqu'elle est arrivée depuis que le débiteur a été constitué en demeure de la donner ; L. 82, § 1, ff. *de Verb. oblig.*

Suivant notre droit français, un débiteur est constitué en demeure, ou par le commandement qui lui est fait, lorsque le titre de créance est exécutoire ; ou par le simple exploit d'assignation qui lui est donné, lorsque le titre n'est pas exécutoire.

Pour que la perte de la chose due, arrivée depuis la perte de l'obligation n'éteigne point l'obligation, il faut :

1° qu'elle arrive pendant que cette demeure dure encore.

Mais si la demeure du débiteur avait été purgée, soit par des offres réelles qu'il aurait faites au créancier, par lesquelles il aurait mis le créancier lui-même en demeure de recevoir, soit par quelque convention entre le créancier et le débiteur, la perte de la chose due qui arriverait depuis que la demeure en laquelle avait été le débiteur, aurait été purgée, ferait tomber l'obligation : la demeure du débiteur ayant été purgée, et ne subsistant plus, ne peut plus avoir l'effet de perpétuer l'obligation, nonobstant l'extinction de la chose due ; L. 91, ff. *de Verb. oblig.*

664. Pour que la perte de la chose due, survenue depuis la demeure du débiteur, n'éteigne point la dette, il faut :

2° Que la chose ne fût pas également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée lors de la demande ; L. 47,

§ *fin. de Leg* 1°; L. 14, § 1, ff. *Depos.;* L. 12, § 4, ff. *ad Exhib.;* L. 15, § *fin*- ff. *de Rei vind.*

Car la demeure du débiteur ne perpétue la dette, nonobstant l'extinction de la chose due, que par forme de dommages et intérêts : si le créancier n'a pas souffert de la demeure de son débiteur, il ne lui en est pas dû. Or il est évident qu'il n'en souffre pas, si la chose fût également périe chez lui.

On présumera facilement que la chose ne serait pas également périe chez le créancier, si le créancier était un marchand qui l'achetait pour la revendre.

Si la chose a péri par l'incendie du lieu où elle était chez le débiteur, il est évident qu'elle ne serait pas périe, si elle eût été livrée au créancier.

On n'entre point dans la discussion de savoir si la chose serait périe également chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées ou ravies : L. *fin.* ff. *de Cond. furt.;* L. 19, ff. *de Vi et vi arm. quod ita receptum odio furti et violentiæ.*

Observez aussi, à l'égard de ces personnes, qu'elles sont censées en demeure du jour de leur vol ou ravissement, et qu'il n'est pas besoin de demande pour les y mettre (1).

665. Lorsque la chose due a péri par le fait ou la faute du débiteur principal, ou depuis sa demeure, la créance du prix de cette chose subsiste non-seulement contre lui et ses héritiers, mais même contre ses cautions, et en général contre tous ceux qui ont accédé à son obligation ; L. 91, § 4 et 5, ff. *de Verb. oblig.;* L. 58, § 1, ff, *de Fidejuss.;* L. 24, § 1, ff. *de Usur.*

(1) Nous comprenons bien que le voleur est toujours en demeure ; rien n'est plus vrai que ce que dit Triphonien en la loi 20, ff. *de Cond. furtivâ ; qui invito domino rem contrectaverit, semper in restituendâ eâ, quam nec deberit auferre, moram facere ;* mais faut-il en conclure que le voleur est tenu de la perte, lorsque la chose volée est périe chez lui par un vice intrinsèque qui aurait évidemment produit le même résultat chez le propriétaire ? en d'autres termes faut-il estimer l'objet volé, abstraction faite de ses vices propres, nous ne pouvons le croire. (BUGNET)

Paul en rend cette raison, *quia in totam causam spoponderunt.* Les cautions en se rendant, pour le débiteur principal, cautions de l'obligation principale de donner une certaine chose, sont censées s'être pareillement rendues cautions des obligations secondaires qui dérivent de cette obligation principale, telle qu'est celle de conserver la chose avec tout le soin convenable jusqu'à la tradition, et généralement d'apporter toute la bonne foi et toute la fidélité convenables à l'accomplissement de l'obligation principale : elles ne peuvent donc pas être libérées de leur obligation par la pure perte de la chose, quand cette perte arrive par la faute du débiteur principal, ou depuis la demeure ; puisque, étant, comme nous l'avons dit, cautions du soin qu'il devait donner à la conservation de la chose, et de la fidélité qu'il devait apporter à l'accomplissement de son obligation, elles sont responsables de la faute par laquelle ce débiteur a laissé périr la chose, et de la demeure injuste par laquelle il a contrevenu à la fidélité qu'il devait apporter à l'accomplissement de son obligation.

Ces principes paraissent contraires à la règle de droit qui dit : *Unicuique sua mora nocet* (L. 173, § 2, ff. *de Reg. jur.*) : car il paraît suivre de cette règle, que la demeure du débiteur principal ne doit nuire qu'à lui, et non à ses cautions.

Cujas et les autres interprètes concilient cette règle avec nos principes, par cette distinction :

La demeure du débiteur principal ne peut nuire à la vérité aux cautions à l'effet d'augmenter leur obligation, *non nocet ad augendam obligationem ;*

Par exemple, dans les dettes d'une somme d'argent, la demeure du débiteur ne peut nuire aux cautions qui se sont obligées pour une certaine somme déterminée, à l'effet de les assujettir aux intérêts qui sont dus par ce débiteur du jour de la demeure (1) ; car la demeure du débiteur ne nuit

(1) Il est bien difficile de ne pas considérer les intérêts moratoires comme des accessoires ; et lorsque la demande a été dénoncée à la caution, n'est-elle pas elle-même en demeure ? (BUGNET.)

pas aux cautions *ad augendam eorum obligationem ;* elle ne peut donc pas obliger aux intérêts ces cautions, qui ne se sont obligées que pour la somme principale. C'est le cas de la loi 173.

Mais dans les dettes d'un corps certain, la demeure du débiteur peut nuire aux cautions, dont le cautionnement est illimité, à l'effet de perpétuer leur obligation, et d'empêcher qu'elles ne soient libérées par la perte de la chose survenue depuis la demeure : *Non nocet ad augendam obligationem, sed nocet ad perpetuendam obligationem.*

666. *Contrà vice versâ*, si la chose est périe par le fait ou la faute de la caution, ou depuis qu'elle a été mise en demeure, il n'y aura que la caution qui demeurera obligée au prix de la chose : le débiteur principal sera libéré par l'extinction de la chose ; L. 32, § *fin.* ff. *de Usur.;* L. 49, *de Verb. oblig.*

La raison de cette différence est, que la caution est bien obligée pour le débiteur principal ; mais le débiteur principal n'est point obligé pour la caution ; et par conséquent il ne peut être tenu de l'obligation que la caution a contractée par son fait, sa faute ou sa demeure.

667. Si la chose due est périe par le fait ou la faute de l'un des codébiteurs solidaires, ou depuis sa demeure ; les autres codébiteurs en seront tenus, L. 18, ff. *de duobus reis. V.* ce que nous avons dit en traitant des obligations solidaires, *suprà*, nº 273.

Si la chose était périe par le fait ou par la faute de l'un des héritiers du débiteur, ou depuis sa demeure, ses cohéritiers n'en seraient pas tenus (L. 48, § 1, ff. *de Lég.* 1º) ; car, quoique, comme biens tenants, ils soient tenus hypothécairement du total de la dette, ils ne sont personnellement débiteurs chacun que pour leur part ; ils ne sont point entre eux débiteurs solidaires, ils ne sont point tenus l'un pour l'autre.

668. Le principe que nous avons établi, " que le débiteur d'un corps certain est libéré de son obligation lorsque la chose due est périe sans son fait et sans sa faute, et avant

qu'il ait été mis en demeure," reçoit exception dans le cas auquel le débiteur se serait, par une clause particulière du contrat, chargé du risque des cas fortuits.

Par exemple, si j'ai donné une pierre à tailler à un lapidaire, et qu'elle se soit cassée sans aucune faute de la part de l'ouvrier, mais par le vice de la matière ; quoique régulièrement cette perte, qui est survenue sans sa faute, et par une espèce de cas fortuit, doive le libérer de l'obligation qu'il a contractée de me rendre cette pierre, néanmoins si, par une clause particulière de notre marché, il s'est chargé de ce risque, il ne sera pas libéré, il sera tenu de me payer le prix de cette pierre ; c'est l'espèce de la loi 13, § 3, ff. *Locat.*

Ces conventions par lesquelles un débiteur se charge des cas fortuits, n'ont rien de contraire à l'équité qui doit régner dans les contrats, surtout lorsque le débiteur qui se charge du risque, reçoit de l'autre partie quelque chose d'équivalent à l'estimation du risque dont il s'est chargé ; car les risques sont quelque chose d'appréciable.

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, le lapidaire qui s'est chargé du risque de la matière, est censé en être dédommagé par un prix de son ouvrage plus fort qu'il n'aurait été, s'il ne se fût pas chargé de ce risque.

Pareillement, dans le contrat de prêt à usage, lorsque l'emprunteur se charge du risque des cas fortuits à l'égard de la chose qui lui est prêtée, comme dans l'espèce de la loi 1, Cod. *commod.*, il est dédommagé de ce risque dont il se charge, par la jouissance de cette chose, que le prêteur n'était pas obligé de lui prêter gratuitement, et qu'il pouvait lui louer.

Dans le contrat de nantissement, le créancier qui se charge du risque des choses qu'on lui donne en nantissement, comme dans l'espèce de la loi 6, Cod. *de Pign. act.* est dédommagé de ce risque par la sûreté qu'il se procure ; sûreté que son débiteur, qui ne s'était pas obligé à lui donner des gages, n'était pas obligé de lui procurer.

Quand même le débiteur qui s'est chargé du risque des

cas fortuits, ne recevrait rien pour ce risque dont il se charge ; si, en s'en chargeant, il a eu intention d'exercer une libéralité envers l'autre partie, la clause ne contient, en ce cas, aucune injustice.

Si au contraire le débiteur, n'ayant l'intention d'exercer aucune libéralité, mais ayant celle de recevoir autant qu'il donne, s'est chargé de ces cas fortuits, la clause, dans le for de la conscience, est inique, lorsqu'il ne retire aucun avantage par le marché, qui soit équivalent à ce risque dont il se charge : dans le for extérieur, on l'en présume dédommagé.

Un débiteur peut se charger, non-seulement du risque d'une certaine espèce de cas fortuits, comme dans l'espèce de la loi 13, § 5, ff. *Locat.* ci-dessus rapportée ; il peut même se charger généralement de tous les cas fortuits par lesquels la chose peut périr, comme dans l'espèce de la loi 6, Cod. *de Pign. act.*

Quelque générale que soit la clause, elle ne comprend que ceux qui ont pu être prévus par les parties, et non pas ceux qu'elles n'ont pu prévoir, et auxquelles il n'y avait aucun lieu de s'attendre ; *Arg.* L. 1, § 9, ff. *de Transact.*

Guthier, *tract. de Contract. jur.* § 24, estime que cette décision doit avoir lieu, quand même la clause s'exprimerait en ces termes : *Se charge de tous cas fortuits, tant prévus qu'imprévus. Voyez* notre *Contrat du Traité de Louage*, p. 3, ch. 1, art. 2, § 5, où nous avons traité avec étendue de toutes ces clauses.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *n*° 56 *et s.* } 56. Suivant les principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, p. 3, ch. 6, lorsqu'on a vendu un corps certain, l'obligation de livrer la chose vendue étant l'obligation d'un corps certain, cette obligation cesse et s'éteint lorsque la chose vendue vient à périr sans la faute du vendeur, et avant qu'il ait été constitué en demeure de la livrer ; car il ne peut plus y avoir de dette lorsqu'il n'y a plus de chose due.

S'il restait quelque chose de la chose vendue, le vendeur serait seulement tenu de livrer ce qui en reste.

57. Lorsque c'est par le fait ou la faute du vendeur que la chose est périe, il n'est pas quitte de son obligation ; mais il est tenu envers l'acheteur de ses dommages et intérêts résultant de la perte de la chose : c'est l'effet de son obligation " de conserver la chose ", qui est accessoire à celle de la livrer.

Il en est de même lorsque la chose a péri par le fait de quelqu'un, des faits duquel le vendeur est responsable, tels que sont ses domestiques, *Traité des Obligations*, nº 456. Mais si la chose a péri par le fait d'un étranger, que le vendeur n'a pu empêcher, le vendeur est libéré de son obligation ; il est seulement tenu de subroger l'acheteur en ses droits et actions contre celui qui a causé la perte de la chose.

58. Ces principes ont lieu lorsque la chose a péri avant que le débiteur ait été mis en demeure de la livrer : mais si elle n'a péri que depuis, quoiqu'elle soit périe sans la faute du vendeur, et par une force majeure, le vendeur n'est pas toujours, en ce cas, quitte de son obligation ; car, si la chose ne fût pas également périe chez l'acheteur, s'il la lui eût livrée lorsqu'il a été sommé de le faire, il est tenu d'en payer l'estimation à l'acheteur. La raison est, comme nous l'avons expliqué en notre *Traité des Obligations*, nº 663, qu'un créancier ne doit pas souffrir de la demeure du débiteur : *Mora debitoris non debet esse creditori damnosa.* C'est pourquoi, par exemple, si depuis que j'ai été mis en demeure de vous livrer le cheval que je vous avais vendu, le tonnerre est tombé sur mon écurie où il était, et l'a tué, je serai tenu de cette perte ; car elle ne serait pas arrivée si j'avais livré le cheval.

Mais quoique la chose soit périe depuis la demeure, si elle fût également périe chez l'acheteur, le vendeur n'est point tenu de la perte, et il est également quitte de son obligation ; car on ne peut pas dire, en ce cas, que l'acheteur ait rien souffert de la demeure : comme par exemple, si un cheval vendu est mort, quoique depuis la demeure du vendeur, d'une

colique ou autre maladie qu'il aurait eue également chez l'acheteur. *Tr. des Obl.*, nº 664.

Néanmoins si l'acheteur était un maquignon qui achetait le cheval pour le revendre, le vendeur sera, même dans le cas de l'espèce proposée, tenu de la perte du cheval ; car l'acheteur aurait pu revendre le cheval avant qu'il eût cette maladie, et par conséquent on ne peut pas dire que la chose serait également périe chez l'acheteur. *Ibid.*

59. Lorsque, depuis le contrat, la chose vendue a cessé d'être dans le commerce, sans le fait ni la faute du vendeur, comme lorsque, par autorité publique, le champ qu'on m'avait vendu a été pris pour faire un grand chemin, l'obligation de livrer la chose cesse et est éteinte ; et le vendeur est seulement tenu de subroger l'acheteur en ses droits pour recevoir du roi l'indemnité, si le roi juge à propos d'en accorder une. *Tr. des Obl.*, nº 650.

60. Quoique la chose qui m'a été vendue subsiste encore, et ne soit pas hors du commerce ; si depuis le contrat le vendeur en a perdu la possession par quelque cause nouvellement survenue, et qu'il n'a pu empêcher, comme si elle lui a été ravie par violence, son obligation de la livrer cesse, et il n'est tenu à autre chose qu'à me subroger aux actions qu'il peut avoir pour en recouvrer la possession, pour que je les exerce à mes risques. *Tr. des Obl.*, nº 656.

Mais lorsque le vendeur a vendu une chose qui n'était pas en sa possession lors du contrat, ou qui était sujette à être évincée par quelque cause qui existait dès le temps du contrat, et dont il aurait été obligé de garantir l'acheteur, même après qu'il la lui aurait eu livrée (*infrà*, sect. 2) ; quoique dans ce cas le vendeur n'ait pas la possession de la chose, et qu'il ne la puisse livrer, pourvu que la chose existe, l'obligation qu'il a contractée de la livrer subsiste, et il est tenu des dommages et intérêts résultant de son exécution.— *Nec obstat* qu'on ne peut être tenu à l'impossible ; car cette maxime n'est vraie qu'à l'égard de l'impossibilité absolue, et non d'une im-

possibilité relative, comme nous l'avons expliqué en notre *Tr. des Obl.*, nos 133, 136.

---

* *C. N.* 1302. } Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée.

Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix.

1201. Lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible sans le fait ou la faute du débiteur, il est tenu de transporter au créancier tous droits d'indemnité qu'il peut avoir par rapport à cette obligation.

1201. When the performance of an obligation has become impossible, without any act or fault of the debtor, he is bound to assign to the creditor such rights of indemnity as he may possess relating to the obligation.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, nos 669-670. } 669. Lorsque l'extinction de la chose due n'est pas une extinction totale, et qu'il reste quelque partie de cette chose, il ne peut être douteux, en ce cas, que l'obligation subsiste pour la partie qui reste de la chose due.

Par exemple, si vous étiez débiteur envers moi d'un trou-

peau qui fût péri par mortalité, et dont il ne restât plus qu'une bête ; ou si vous étiez débiteur envers moi d'une maison qui a été consumée par le feu du ciel, il n'est pas douteux que vous demeurez envers moi débiteur de la bête qui reste du troupeau, ou de la place et des matériaux qui restent de la maison ; car la bête qui reste du troupeau, quoiqu'elle ne puisse pas seule composer un troupeau, est néanmoins, dans un sens très propre, une partie de ce troupeau ; la place et les matériaux échappés aux flammes sont, dans un sens très propre, une partie de cette maison.

On peut donc dire dans ces deux cas, que le troupeau qui m'était dû, subsiste encore, non pas totalement, mais en partie, dans la bête qui en est restée ; et pareillement, que la maison qui m'était due, subsiste encore en partie, dans ce qui est resté de cette maison ; et ces parties qui sont restées, peuvent être encore le sujet de l'obligation.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel l'extinction de la chose due est une extinction totale, de manière que ce qui en reste ne puisse être regardé comme une partie de cette chose. C'est ce qui arrive lorsque la chose due est une chose individuelle, tel qu'est un animal.

C'est une question, si, en ce cas, l'obligation subsiste dans ce qui reste de la chose due.

Par exemple, si vous étiez débiteur envers moi d'un certain bœuf, c'est une question, si ce bœuf étant mort sans votre faute, je serais fondé à en demander la peau.

La raison de douter est, que la mort du bœuf est une extinction totale de la chose qui m'était due ; on ne peut pas dire que ce bœuf qui m'était dû, subsiste encore depuis sa mort pour quelque partie : la peau de ce bœuf est bien quelque chose qui reste de ce bœuf ; mais on ne peut pas dire que ce soit proprement une partie du bœuf vivant qui m'était dû.

Y ayant une extinction totale de la chose due, l'obligation, dit-on, doit être totalement éteinte : je ne puis rien demander, pas même la peau ; car ce n'est que le bœuf que vous

vous êtes obligé de me donner. Il n'a pas été question entre nous de la peau qui en resterait après sa mort : vous ne vous êtes pas obligé de me donner cette peau ; ce n'est pas cette peau qui m'est due, et par conséquent je ne puis avoir aucun droit de vous la demander. Enfin on prétend que la loi 49, ff. *de Leg.* 2°, décide cette question contre le créancier : *Mortuo bove qui legatus est, neque corium neque caro debetur.*

Nonobstant ces raisons, je pense qu'on doit décider que le créancier est bien fondé, même en ce cas, à demander ce qui reste de la chose due.

1° L'équité réclame pour cette décision : en effet, lorsqu'un bœuf que je vous ai acheté et payé, est mort sans votre faute avant la tradition que vous m'en deviez faire, ne serait-ce pas une injustice manifeste que vous profitassiez du malheur que j'ai de supporter la perte de ce bœuf, en retenant à votre profit et à mon préjudice la peau de ce bœuf, duquel vous m'étiez débiteur.

2° Les principes du droit établissent aussi notre décision : il n'est pas révoqué en doute que, de quelque manière qu'une chose qui m'appartient soit périe, ce qui reste de cette chose m'appartient pareillement (1) : *Meum est quod ex re meâ superest ;* L. 49, § 1, ff. *de Reg. vind.*

Or, si le *jus in re*, si le droit qu'on a dans une chose, tel qu'est le *dominium* ou droit de propriété, continue de subsister après l'extinction de la chose, dans ce qui en reste, pourquoi le *jus ad rem*, le droit qu'on a par rapport à une chose, le droit de créance d'une chose, ne continuera-t-il pas pareillement de subsister après l'extinction de la chose, dans ce qui en reste ?

De même que *meum est quod ex re meâ superest*, de même *mihi debetur quod ex re mihi debitâ superest.*

C'est ce que décide fort bien Brunus en son Traité *de Interitu.*

(1) Cette question ne peut plus être agitée. Les principes adoptés par le Code sur la translation de la propriété, permettent d'invoquer aujourd'hui cette raison décisive : *Meum est quod ex re meâ superest.* (Bugnet).

[ARTICLE 1201.]

Après avoir établi que *forma dat esse rei*, et que, *destructâ formâ substantiali, res interiisse videtur*, il dit que *peremptâ formâ, si quid ex re superest, potest durare circà illud quod remanet, jus, actio et obligatio.*

A l'égard des raisons de douter proposées ci-dessus, il est facile d'y répondre.

On dit : L'extinction totale de la chose due doit éteindre totalement la dette ; et par conséquent il ne doit plus rester de droit au créancier pour demander ce qui en reste.

Je réponds : lorsque l'extinction de la chose due est si parfaitement totale qu'il ne reste rien, j'accorde volontiers que, en ce cas, l'obligation est totalement éteinte : mais lorsque la chose due n'est pas tellement éteinte qu'il n'en reste quelque chose, quoique ce qui en reste ne soit pas proprement une partie de la chose, je nie qu'une telle extinction soit une extinction pleinement et parfaitement totale de la chose, et qu'elle doive éteindre totalement l'obligation ; je soutiens qu'elle doit subsister dans ce qui reste de cette chose.

C'est un raisonnement vicieux et une pétition de principe dans les raisons de douter, que d'avoir avancé le contraire, comme un principe, puisque c'est précisément ce qui est en question.

Enfin, on dit que le débiteur s'est obligé de donner le bœuf qui était vivant lors du contrat, et qu'il ne s'est pas obligé de donner la peau qui en resterait après sa mort.

Je réponds qu'il ne s'est pas obligé *formaliter* à donner cette peau ; mais il s'y est obligé *implicitè et eminenter*, l'obligation de donner une chose, contenant *eminenter* tout ce que cette chose renferme et contient, et par conséquent tout ce qui en restera après l'extinction de la chose.

A l'égard de la Loi 49, ff. *de Leg.* 2°, qu'on oppose, où il est dit que " lorsque le bœuf qui a été légué est mort, le légataire n'en peut demander ni la peau, ni la chair," la réponse est qu'on doit nécessairement supposer, dans l'espèce de cette loi, le bœuf mort avant l'échéance du legs ; c'est-à-dire, du vivant du testateur, s'il était pur et simple ; ou avant l'ac-

complissement de la condition, s'il était conditionnel : car, si le bœuf n'était mort que depuis l'échéance du legs, la propriété en ayant été transférée par l'échéance du legs au légataire, il ne pourrait être douteux que tout ce qui resterait du bœuf lui appartiendrait, suivant cette règle de droit : *Meum est quod ex re meâ superest, ideoque vindicari potest* ; L. 49, § 1, ff. *de Reg. vind.*

Or, en supposant, comme on doit nécessairement le supposer, le bœuf mort avant l'échéance du legs, on ne peut rien conclure de cette loi contre notre décision : car, s'il est décidé par cette loi que le légataire ne peut demander ce qui reste de ce bœuf, ce n'est pas parce que la mort de ce bœuf a éteint totalement la dette du bœuf, puisque ce bœuf étant mort avant l'échéance du legs, cette dette n'a jamais pu être contractée ; mais c'est que le legs n'a pu avoir lieu, la mort du testateur n'ayant pu confirmer le legs de ce qui n'existait plus.

L'obligation subsiste aussi après l'extinction de la chose due, dans ce qui en était accessoire.

Par exemple, si vous êtes débiteur envers moi d'un cheval harnaché, qui soit mort depuis le contrat, sans votre faute, je suis bien fondé à vous demander l'équipage de ce cheval, qui est demeuré par devers vous.

La loi 2, ff. *de Pecul. leg.*, n'est pas contraire à cette décision ; il y est dit : *Quæ accessionum locum obtinent extinguuntur, quum principales res peremptæ fuerint.*

La réponse est, que cette règle a lieu lorsqu'il n'y a encore aucune obligation contractée. Cette loi est dans l'espèce d'un esclave qui, ayant été légué avec son pécule, était mort avant l'échéance du legs. Le pécule n'étant pas légué *per se*, mais comme accessoire du legs de l'esclave, le legs de l'esclave n'ayant aucun effet, tout tombait ; il n'y avait encore, en ce cas, aucune obligation contractée ; mais lorsqu'une fois l'obligation d'une chose avec ses accessoires a été contractée, le créancier ayant acquis un droit, *jus ad rem*, par rapport aux accessoires, comme par rapport à la chose principale, il

doit le conserver, même après l'extinction de la chose principale.

670. Lorsque, sans la faute du débiteur, la chose qu'il devait est périe, ou mise hors du commerce, ou perdue de manière qu'on ne sache pas ce qu'elle est devenue, si le débiteur a quelques droits et actions par rapport à cette chose, son obligation subsiste à l'effet qu'il soit tenu de subroger son créancier auxdits droits et actions (1).

Par exemple, si vous êtes débiteur envers moi d'un cheval qui, sans votre faute, a été tué par un tiers, ou a été ravi par violence, sans qu'on sache ce qu'il est devenu, vous serez, à la vérité, quitte envers moi du cheval ; mais vous serez tenu de me subroger aux actions que vous avez contre ceux qui l'ont tué, ou qui l'ont ravi.

Pareillement, si vous êtes débiteur envers moi d'un terrain, qui depuis a été pris pour faire une place publique, vous êtes quitte envers moi de ce terrain ; mais vous devez me subroger à l'indemnité que vous avez droit de prétendre ; ce sera à moi de faire les frais nécessaires pour la poursuivre à mon profit.

Voy. *Pothier*, *Vente*, sur art. 1200 et autorités sur art. 1202.

(1) Nous ferons observer sur cet article, qu'il renferme une doctrine qui est la conséquence immédiate des anciens principes : *quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est* Inst. *de Empt. vend.* § 3. Ainsi, dans les deux exemples cités par Pothier, c'est le cheval *du débiteur* qui a été tué ou ravi par violence, c'est le terrain *du débiteur* qui a été exproprié pour faire une place publique : il est conséquent de dire que l'action en indemnité doit naître en la personne du débiteur, mais que, pour exécuter son obligation envers le créancier, il doit lui en faire cession.

Aujourd'ui on ne peut plus raisonner de la même manière : la propriété aura été transférée par l'effet immédiat de l'obligation (*V.* art. 1138), ce sera donc dans la personne du créancier devenu propriétaire, que naîtra l'action en indemnité, il l'aura de son chef, sans cession ni subrogation, et il n'aura pas à craindre, sur l'émolument de cette action, le concours des autres créanciers du débiteur. (BUGNET).

[ARTICLE 1202.]

* *C. N.* 1303. } Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

1202. Lorsque l'exécution d'une obligation de faire une chose est devenue impossible sans le fait ou la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, et les deux parties sont libérées ; mais si l'obligation a été exécutée en partie au profit du créancier, ce dernier est obligé jusqu'à concurrence du profit qu'il en reçoit.

1202. When the performance of an obligation to do has become impossible without any act or fault of the debtor and before he is in default, the obligation is extinguished and both parties are liberated ; but if the obligation be beneficially performed in part, the creditor is bound to the extent of the benefit actually received by him.

---

* 4 *Marcadé, sur arts.* 1302-3 *C. N.* } I.—863. Lorsque j'étais obligé de vous livrer tel cheval et qu'il est venu à mourir, ou telle maison et qu'elle a été dévorée par les flammes, ou telle pièce de terre et que l'Etat s'en est emparé pour cause d'utilité publique, ou telle collection d'oiseaux curieux et qu'ils se sont envolés sans que je sache ce qu'ils sont devenus ; en un mot, toutes les fois que mon obligation avait pour objet une chose individuellement déterminée, et qu'il est survenu un événement qui me met dans l'impossibilité absolue de vous la livrer, il est clair que par cela seul, et sans même qu'il y ait à considérer si cet événement peut ou non m'être imputé, il y a, par la force même des choses, extinction de mon obligation. Seulement, si l'événement qui rend l'exécution impossible m'est imputable, ma dette de corps

certain sera remplacée par une dette de dommages-intérêts ; tandis que, dans le cas contraire, je serai libéré purement et simplement. Lors donc que notre article déclare que l'obligation n'est éteinte, par l'impossibilité de livrer le corps certain, que si cette impossibilité ne vient pas de la faute du débiteur, il entend parler de l'extinction pure et simple, qui libère absolument le débiteur.—Du reste, pour que l'événement qui rend l'exécution impossible soit ici imputable au débiteur, il n'est pas nécessaire qu'il provienne de sa faute, il suffit qu'il provienne de son fait, comme on l'a déjà dit plusieurs fois, et comme le prouve notamment l'art. 1245.

Ainsi, le débiteur d'une chose individuellement déterminée est libéré pleinement et absolument toutes les fois qu'il se trouve mis sans sa faute ni son fait dans l'impossibilité de la livrer. Et, bien entendu, c'est au débiteur de prouver que l'objet a été détruit, perdu ou mis hors du commerce ; et ce serait au créancier qui prétendrait que ce résultat est arrivé par la faute ou le fait du débiteur, de faire la preuve de cette assertion : c'est toujours à celui qui élève une prétention, de la justifier.

864. On sait que la demeure, c'est-à-dire le retard d'exécuter, constitue déjà une faute reprochable au débiteur. Toutefois, cette faute ne produit son effet, et n'empêche l'extinction absolue (c'est-à-dire l'extinction sans dommages-intérêts) qu'autant que c'est bien elle qui a préjudicié au créancier. Si donc le débiteur, chez qui la chose a péri par accident, alors qu'il était en retard de la livrer, prouve qu'elle aurait également péri chez le créancier à qui elle aurait été livrée à l'époque voulue, ce débiteur ne devra pas de dommages-intérêts.

865. Il n'est pas besoin de dire que le principe de l'extinction absolue et sans dommages-intérêts, par la perte (non imputable) de la chose, souffrirait exception par une circonstance particulière dont l'article 1302 ne parle que dans son deuxième alinéa, mais qui modifierait également la règle de l'alinéa 1er. Nous voulons parler du cas où le débiteur du

corps certain s'est soumis, par une convention particulière, à subir lui-même les conséquences des événements qui pourraient survenir. Il est bien clair que quand le débiteur a bien voulu, par dérogation au principe de l'art. 1138, se charger ainsi des risques de la chose, des cas fortuits, il devra payer au créancier la valeur de cette chose, de quelque manière qu'elle soit venue à périr ou à disparaître.

866. Le dernier alinéa de l'art. 1302 a fait naître une controverse, en déclarant sans autre explication que, quand le corps certain est dû par suite d'un vol, le voleur doit toujours le prix de la chose, de quelque manière qu'il se trouve mis dans l'impossibilité de la rendre. Cette disposition enlève certainement au voleur la faculté de se libérer en prouvant que la chose a péri sans sa faute (et c'est bien juste, puisqu'un voleur est à chaque instant en demeure de rendre la chose, et que le fait de sa possession est une faute continuelle): mais lui enlève-t-elle également le droit de se libérer en prouvant que la chose aurait péri chez le propriétaire comme elle a péri chez lui ?... Toullier (VII, nº 468) répond affirmativement, mais sans en donner aucune raison. Au contraire, MM. Duranton (XII, nº 506) et Zachariæ (II, p. 422, note 6) soutiennent la négative, en se fondant sur ce principe fondamental de notre droit français, que jamais on ne doit s'enrichir au détriment d'autrui.

Cette dernière opinion nous paraît erronée, et nous pensons que le législateur a entendu priver le voleur aussi bien du bénéfice du deuxième alinéa de notre article que du bénéfice du premier. Le contexte du Code et l'ordre d'idées qui suit l'indiquent déjà, puisqu'il place la règle relative au voleur, non après le premier alinéa, mais à la fin de l'article : ce qui fait naturellement retomber sur tout ce qui précède les mots *de quelque manière que la chose ait péri*, et leur donne le sens le plus large possible. Cette interprétation, si naturelle grammaticalement, se fortifie d'ailleurs par l'histoire ; car notre article, dans ses quatre alinéas, n'est que le résumé des règles que Pothier développait dans le même ordre (art.

III), et Pothier expliquait ici que " on ne doit point entrer dans la discussion de savoir si la chose serait également périe chez le créancier, à l'égard de ceux qui l'ont volée." Et en effet, le Code n'avait pas de raison de s'écarter ici de la doctrine de Pothier ; car le principe qu'on ne doit pas s'enrichir au détriment d'autrui, principe que M. Duranton exagère au profit du voleur, reste ici parfaitement sauf, par suite de ce qu'il y a d'aléatoire dans les circonstances. Quand on me vole, je cours de grandes chances de ne pas découvrir le voleur et de ne jamais recouvrer ma chose, dont celui-ci profitera. Cela étant, qu'y a-t-il d'injuste à ce que le voleur coure la chance de me payer cette chose dans le cas même où elle aurait dû périr chez moi, et qu'il fasse naître ainsi pour moi une chance de gain en face de mes chances de perte ?...Quand on réfléchit que les chances sont encore plus favorables pour lui que pour moi, que, d'ailleurs, c'est lui seul qui a fait naître notre position réciproque, qu'il l'a fait par un délit et peut-être par un crime, on ne peut certes pas s'étonner de la règle du Code, règle qui revient tout simplement à dire que le voleur, par le fait de son vol, se charge des cas fortuits, comme tout autre créancier pourrait en être chargé au moyen d'une convention particulière, ainsi qu'on l'a vu plus haut (Laromb., art. 1302, nº 14).

867. Quant à l'art. 1303, c'est un non-sens dans le Code ; et c'est évidemment par irréflexion que les rédacteurs l'ont copié dans Pothier à la suite des dispositions qui précèdent. Autrefois, alors que celui qui s'était obligé à transférer un corps certain en demeurait propriétaire jusqu'à la tradition, il est clair que les actions en indemnité ou autres (auxquelles pouvait donner lieu la perte de l'objet, arrivée avant cette tradition) appartenaient à ce débiteur propriétaire, et que ce débiteur, dans l'impossibilité de livrer l'objet, devait au moins transférer à son créancier les actions qu'il avait aux lieu et place de cet objet. Ainsi, par exemple, si le cheval que me devait Pierre avait été tué méchamment par son voisin, ou si le terrain faisant l'objet de l'obligation lui avait été

enlevé pour cause d'utilité publique, Pierre était tenu de me céder l'action en dommages-intérêts qu'il avait contre le voisin ou l'Etat. Mais aujourd'hui que le créancier devient propriétaire par l'effet immédiat de la convention et avant toute tradition (art. 1138), il est clair que les droits, créances ou actions qui peuvent naître de la perte de l'objet ou de sa mise hors du commerce, appartiennent à ce créancier, et que le débiteur, dès lors, ne peut pas avoir à les lui céder.

Au surplus, le nouveau principe du Code à cet égard rend plus évidente encore la décision affirmative que Pothier donnait déjà autrefois sur le point de savoir si, la chose principale périssant, l'accessoire en serait encore dû. Ainsi, quand Pierre me devait tel cheval tout harnaché, Pothier dit que la mort du cheval n'empêche pas que Pierre ne me doive le harnais (comme aussi la peau même du cheval). Il fait observer avec raison que la loi 2 du Digeste, *De pecul. log.*, et 49 *De legat.*, 2°, qui posent une règle différente en cas de legs, ne peuvent pas être opposées à cette décision, puisque l'anéantissement de l'objet principal du legs arrivant, dans l'hypothèse de ces lois, avant l'échéance du legs (c'est-à-dire du vivant du testateur), empêche ce legs de se réaliser, en sorte que l'héritier ne devient pas débiteur de l'objet légué ; tandis que, dans le cas d'une convention, l'obligation, ayant été parfaite *ab initio*, doit s'exécuter pour tout ce qui reste de l'objet dû... Aujourd'hui que, par le fait même de la convention, le créancier est devenu *propriétaire* du cheval harnaché, la solution est encore bien plus simple ; il est clair qu'il a le droit d'exiger la peau et le harnais, puisqu'ils lui appartiennent : *meum est quod ex re meâ superest.* On ne conçoit donc pas que M. Demante (II, 772) ait pu mettre ce point en question.

II.—868. Les règles qui viennent d'être expliquées, pour le cas d'un objet individuellement déterminé, s'appliqueraient aussi pour un objet non déterminé, mais faisant partie d'un nombre ou d'une quantité déterminés qui périssent ou se perdent en entier. Ainsi, quand vous me devez l'un de vos quatre chevaux blancs, et que tous quatre viennent à mourir ;

ou 50 hectolitres du blé que vous avez récolté dans tel champ, et que tout ce blé se trouve brûlé ; ou 20 ares de terre à prendre dans telle pièce, et que la pièce entière vous est enlevée pour ouvrir un canal, il est clair que l'objet de votre obligation se trouve hors du commerce aussi bien que si le cheval, le blé ou les 20 ares de terre avaient été choisis et déterminés *in individuo.* Il en est de même dans une dette alternative dont les deux objets se trouvent mis hors du commerce l'un et l'autre.

Toutefois, on conçoit que si les règles ci-dessus deviennent applicables ici, c'est sous une exception résultant de ce que l'objet n'étant pas déterminé *in ipso individuo*, le créancier n'en est pas devenu propriétaire : ce n'est pas alors au créancier qu'appartiennent les actions qui peuvent exister relativement à la chose, en sorte que la cession d'actions, qui ne saurait avoir lieu dans le cas d'un objet déterminé (cas auquel le texte a tort de l'appliquer), s'appliquera, au contraire, dans le cas qui nous occupe et dont la loi ne parle pas. Ainsi, quand le débiteur est exproprié par l'Etat de tout le terrain dont une portion de 20 ares vous était due, ou quand il a été exproprié de l'hectare de bois et de la maison dont il vous devait l'un ou l'autre alternativement, ce n'est pas vous (puisque vous n'étiez pas propriétaire des biens pris par l'Etat) qui pourrez pour votre part demander directement à l'Etat l'indemnité par lui due : cette indemnité ne peut être demandée que par le débiteur (qui vous en tiendra compte ensuite), à moins qu'il ne vous cède, pour votre part, l'action qui lui appartient.— Il est évident, au surplus, que si les différentes parties du terrain dont il s'agit n'ont pas toutes une même valeur, ou si l'indemnité due pour l'hectare de bois n'est pas égale à celle de la maison, le débiteur pourra ne donner que la valeur moindre, à moins que le choix de la dette alternative ou des 20 ares à prendre n'appartînt au créancier.

Dans tous les autres cas de choses indéterminées, il ne pourra jamais y avoir extinction de l'obligation par la perte de la chose. Il est clair, en effet, que quand vous me devez

en général *un cheval*, ce n'est pas plutôt tel cheval que tel autre qui est dû, et l'exécution sera toujours possible, puisque, à la place de vos chevaux, qui peuvent mourir tous, il y aura toujours moyen d'acheter un autre cheval pour me le livrer : *genera non pereunt*.

III.—869. Quand l'obligation a pour objet, non plus une chose à livrer, mais un fait à accomplir, il est clair qu'il pourra s'élever un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ce fait tout aussi bien qu'à la livraison de la chose, et que, par conséquent, le débiteur cessera d'être tenu dans ce cas comme dans l'autre. Ainsi, quand je dois faire pour vous tel voyage en Angleterre et que la maladie me retient dans mon lit, ou qu'une déclaration de guerre entre l'Angleterre et la France empêche toute communication entre les deux pays, il est évident que mon obligation disparaît : seulement, si c'est par ma faute que l'exécution est devenue impossible, si l'obstacle est survenu après l'époque où j'aurais pu et dû faire le voyage, je vous devrai des dommages-intérêts.—Pour ce qui est de l'obligation de ne pas faire, on ne conçoit guère l'impossibilité de l'accomplir. Si, cependant, le cas se présentait, si le débiteur se trouvait contraint par violence à faire ce dont il avait promis de s'abstenir, notre principe s'appliquerait toujours, et l'impossibilité réelle, dans laquelle le débiteur aurait été d'obéir à son engagement, le dispenserait de payer des dommages-intérêts. Il va sans dire, au surplus, que si la chose ainsi faite par le débiteur contre sa volonté était de nature à être supprimée, le débiteur serait tenu d'en opérer la suppression dès qu'il aurait recouvré sa liberté.

IV.—870. Quant au point de savoir si l'extinction d'une obligation par l'effet de l'impossibilité qui survient à son exécution emporte après elle extinction de l'obligation réciproque, on sait qu'il est résolu négativement par l'art. 1138, pour le cas d'un corps certain. Ainsi, quand je vous devais tel cheval pour lequel vous deviez me payer 600 francs et que ce cheval vient à périr sans mon fait ni ma faute, vous me

devrez toujours les 600 francs, quoique vous n'ayez plus rien à exiger de moi. Cette décision, qui n'est plus aujourd'hui que l'application toute simple du principe que la perte d'une chose doit être supportée par son propriétaire, *res perit domino*, existait, on le sait, dès avant le Code civil, et alors que le créancier ne devenait pas propriétaire par l'effet immédiat de la convention de donner : elle s'expliquait alors par cette idée que le créancier, courant les chances favorables d'amélioration et d'augmentation de valeur, devait subir aussi les chances contraires de détérioration et de perte ; et que, par conséquent, l'obligation de ce créancier devait être regardée comme ayant une existence irrévocable et indépendante du sort de l'obligation réciproque.

Mais on conçoit qu'il n'en saurait être ainsi de la dette corrélative à l'obligation de faire. Quand votre obligation d'aller pour moi en tel pays, ou de faire mon portrait, devient impossible à exécuter et s'éteint par là même, mon obligation réciproque de vous payer 300 francs s'éteindra aussi ; car on ne peut parler ici ni de l'idée nouvelle d'un droit de propriété existant pour moi, ni de l'ancienne idée de chances réciproques courues par moi... Quand l'obligation que vous prenez envers moi est de me livrer telle chose déterminée, on conçoit que, de ma part, une dette immédiatement absolue et irrévocable soit le prix du *jus ad rem*, que (en dehors du principe nouveau de propriété) j'acquiers sur cette chose, *jus ad rem* qui deviendra ensuite ce qu'il pourra, et pour lequel je subirai toutes les chances résultant de la force des choses ; mais quand l'objet de votre obligation est tout simplement un fait à accomplir plus tard, il est bien évident que notre intention commune est que ma dette sera, non pas le prix de votre promesse d'accomplir le fait sauf empêchement, mais bien le prix du fait accompli : par la nature même des choses, ma promesse est conditionnelle ; elle est de vous payer telle somme, si vous faites telle chose pour moi.

* 7 *Toullier, Contrats, Liv.* 3, *Tit.* 3, *no* 462 *et s.* } 462. La règle que toute obligation, quoique valable dans son principe, est éteinte si les choses en viennent au point où elle ne pouvait prendre naissance, s'applique aux obligations de faire, aussi bien qu'aux obligations de donner, lorsque le débiteur est, sans sa faute, empêché de faire ce qu'il avait promis ; par exemple, un peintre, un sculpteur, qui devient paralytique après avoir promis de faire un tableau, une statue, est dégagé de son obligation par l'impossibilité de la remplir : *Res incidit in eum casum à quo incipere non poterat.*

S'il s'agissait, non d'un fait personnel au débiteur, mais d'un fait qui peut être accompli par une autre personne, le débiteur devenu paralytique ne serait pas dégagé de son obligation (*Voy.* tome 6, nos 404 et suivants, nos 592 et suivants); car les choses n'en sont pas venues au point où le contrat ne pouvait commencer.

Il y a des ouvrages qu'on peut faire faire par autrui, au lieu de les faire soi-même.

Mais si celui qui s'était chargé de faire faire ces ouvrages, ou de les faire lui-même, vient à mourir, *res incidit in casum à quo incipere non poterat*, le contrat est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur (1795).

Néanmoins, le contrat n'est dissous que pour l'avenir ; le propriétaire est tenu, en proportion du prix convenu, de payer à leur succession la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que les travaux ou les matériaux peuvent lui être utiles (1796).

Les exemples que nous venons de donner serviront, dans la pratique, à discerner quand on doit faire l'application de l'une ou de l'autre des règles que nous expliquons.

463. A l'égard des contrats conditionnels, l'art. 1132 du Code porte : " Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur, qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

" Si la chose est entièrement périe sans la faute du débi-

teur, son obligation est éteinte." Celle de l'autre partie l'est également, ou plutôt l'une et l'autre obligation n'ont jamais existé, quand même la condition viendrait à s'accomplir après la perte de la chose; car il n'existe pas d'obligation avant son accomplissement ; il y a seulement espérance qu'elle existera : *tantùm spes est debitum iri.*

Il n'en peut plus exister, si la chose qui en est l'objet périt entièrement avant l'accomplissement de la condition, parce que les choses en sont venues au point où les obligations respectives des deux contractants ne peuvent prendre naissance.

Si la chose n'est pas entièrement périe, si elle s'est seulement détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix (1182).

464. La loi 136, § 1, *ff. de V. O.*, 45, 1, applique la règle que l'obligation est éteinte, si les choses en viennent au point où elle ne pouvait commencer, à un cas qu'il est bon d'examiner.

Vous avez promis et vous vous êtes fait fort, moyennant 300 fr., de me faire avoir, pour l'utilité de ma maison, un droit de passage sur le fonds voisin ; mais j'ai vendu ma maison, sans céder à l'acquéreur ma créance pour le droit de passage. Cette créance s'évanouit, dit le jurisconsulte Paul, *evanescit stipulatio*, parce que le droit de passage qui en était l'objet ne peut plus m'être dû ; il ne peut l'être qu'au propriétaire de la maison, ou plutôt à la maison elle-même.

Mais cette décision doit-elle être aujourd'hui suivie ? Nous ne le pensons pas ; nous en avons déjà dit les raisons, tome 6, nos 423 et 424. Si je n'ai pas exprimé, dans l'acte de vente de ma maison, la cession de la créance relative au droit de servitude, cette cession n'y était-elle pas tacitement comprise avec tous les accessoires de la maison, de même que les actions rescindantes et rescisoires ?

La convention relative à l'établissement d'un droit de passage est une convention réelle, *pactum in rem*, puisqu'elle n'a pour objet qu'un droit inséparable de la maison, un droit qui doit appartenir à tous ceux qui la posséderont.

Or, les droits de cette nature, ainsi que la convention de les établir, passent de plein droit à l'acquéreur, ou autre successeur à titre singulier, même dans les principes du droit romain : *Pactum conventum cum venditore factum, si in rem constituatur, secundùm plurium sententiam et emptori prodest, et hoc jure nos uti, Pomponius scribit. Leg.* 17, § 5, *ff. de pactis*, 2, 14.

Si l'action que donne la convention de faire établir une servitude s'éteignait par la seule omission d'en parler dans l'acte de vente de la maison, il en résulterait une véritable injustice.

Celui qui a promis de la faire établir serait-il, par cette omission, qui ne lui est pas imputable, obligé de rendre les 300 fr. qu'il a reçus, ou privé de les demander, s'il ne les a pas reçus.

Ce serait une injustice s'il était prêt à faire établir la servitude ; car le vendeur de la maison n'a pu se dégager de son obligation en la vendant sans nécessité. Personne ne peut se dégager de son obligation par son seul fait, et sans le consentement de l'autre partie. Il ne pourra donc réclamer les 300 fr. s'il les a payés, et, s'il ne les a pas payés, il pourra être contraint de le faire.

D'un autre côté, celui qui a reçu 300 fr. pour faire établir la servitude, ne peut garder ou réclamer cette somme sans accomplir son obligation. Nous persistons donc à croire qu'il est plus conforme à l'équité, à la raison et même aux vrais principes du droit, de dire que, dans l'espèce proposée, l'action pour faire établir **la** servitude passe à l'acquéreur, quoiqu'on ait omis de l'exprimer dans le contrat.

465. De la règle que l'obligation du débiteur est éteinte lorsque les choses en sont venues au point où elle ne pouvait prendre naissance, est dérivée cette autre règle du droit romain, que deux causes lucratives ne peuvent se réunir pour la même cause, en faveur de la même personne : *Duas lucrativas causas in eumdem hominem et eamdem rem concurrere non posse. Inst. de legat.*, § 6 ; *leg.* 17, *ff. de obligat. et act.*, 44, 7. Je vous ai légué un héritage que je savais n'être pas à moi ;

depuis ma mort et avant l'exécution du legs, le propriétaire vous l'a donné, ou vous avez seul recueilli sa succession, mon héritier est dégagé de l'obligation de vous le livrer, ou de vous en donner la valeur, parce que, cet héritage étant devenu votre propriété, les choses en sont venues au point où il ne peut plus vous être donné : *In eum casum incidit obligatio à quo incidere non potuit.*

Si vous étiez devenu propriétaire de l'héritage à titre onéreux, mon héritier ne serait pas dégagé de l'obligation de vous en donner la valeur, parce que, suivant la loi 14, *ff. de V. S.*, *cui pretium rei abest, adhùc res ipsa abesse videtur.*

Dans les principes du Code civil, qui déclare nuls le legs et la vente de la chose d'autrui, le concours de deux titres lucratifs pour la même chose, et en faveur de la même personne, se rencontrera très difficilement.

Ainsi, nous ne nous étendrons pas davantage sur l'explication de cette règle ; ceux qui désirent une plus ample explication peuvent recourir aux traités savants composés sur cette matière.

---

2 *Mourlon, sec.* 6, *n°* 1467 *à* 1481. } 1467.— I. *Observation.*—Les mots : *perte de la chose due*, sont ici pris dans leur sens le plus général. Ils comprennent :

1° Le cas où la chose a été matériellement détruite ;

2° Le cas où elle est " mise hors du commerce ". Ainsi, lorsque l'Etat s'empare, pour canse d'utilité publique, par exemple pour en faire une grande route, du terrain que je vous dois, la chose due est réputée périe ;

3° Le cas où elle est " perdue de manière qu'on en ignore absolument l'existence ". Ainsi, lorsqu'un voleur vous enlève la montre que vous m'avez vendue et l'emporte on ne sait où, la chose due est réputée périe. Il en est de même lorsque, étant tombée à la mer, il est impossible de la retrouver.

1468.—II. *Des effets de la perte de la chose due.*—Il faut, à cet égard, distinguer : 1° si la chose due a péri, par cas fortuit ou de force majeure, *avant* que le débiteur ait été mis

en demeure de la livrer ; —2° si elle a péri, par cas fortuit ou de force majeure, *pendant* la demeure du débiteur ; —3° si elle a péri par son fait ou par sa faute.

1469.—1° *Elle a périe par cas fortuit ou de force majeure*, AVANT *la mise en demeure du débiteur*.—L'obligation est éteinte ; et il en est ainsi lors même qu'il est établi qu'elle n'eût point péri si elle se fût trouvée en la possession du créancier.

1470.— 2° *Elle a péri par cas fortuit ou de force majeure*, PENDANT *la demeure du débiteur*.—Ici une distinction est nécessaire. La *demeure* ou le *retard* de livrer la chose due est une *faute*, et toute faute qui cause un dommage *oblige* son auteur à le réparer ; la faute qui ne cause aucun dommage ne fait naître aucune obligation. Cela posé, de deux choses l'une :

La chose due a-t-elle péri *parce qu'elle était en la possession du débiteur*, est-il établi que le cas fortuit qui l'a détruite n'aurait pas eu lieu si elle se fût trouvée chez le créancier : le retard que le débiteur a mis à la livrer est une *faute dommageable ;* il est tenu de la réparer, en payant une somme d'argent représentative de la chose que le créancier devrait avoir en nature.

Est-il, au contraire, établi qu'elle eût péri *alors même qu'elle se fût trouvée en la possession du créancier*, c'est-à-dire que, même en se plaçant dans cette hypothèse, le cas fortuit ou de force majeure qui l'a détruite serait également arrivé : l'obligation est éteinte, et le débiteur n'a aucune indemnité à payer : car, s'il est en faute, la faute qu'il a commise n'est point *dommageable.*

Ainsi, le débiteur en demeure de livrer répond, non pas de tous les cas fortuits ou de force majeure, mais seulement de ceux qui ne sont arrivés que parce qu'il est resté possesseur de la chose due : ceux qui seraient également arrivés si la chose due se fût trouvée chez le créancier ne le regardent point.

—Quant au débiteur qui n'est point en demeure, il ne répond que de son fait ou de sa faute.

1471.—3° *La chose a péri par le fait ou la faute du débiteur, soit avant, soit pendant sa demeure.*—L'obligation est éteinte ; mais une autre obligation lui succède, l'obligation d'indemniser le créancier de la perte de sa créance. L'ancienne obligation se trouve ainsi transformée en une obligation de payer des dommages et intérêts. C'est ce qu'entendent exprimer les auteurs, lorsqu'ils disent que le fait ou la faute du débiteur *perpétue* son obligation, tandis que les cas fortuits ou de force majeure l'éteignent absolument.

1472.—Lorsqu'une chose *indivisible* périt par la faute de l'un des débiteurs, l'obligation n'est *perpétuée* qu'à l'égard du débiteur coupable ; ses codébiteurs sont complètement libérés (voy. le nº 1300-3º).

1473.—Lorsqu'une chose due par plusieurs débiteurs solidaires périt par la faute de l'un d'eux, l'obligation est *perpétuée* à l'égard de tous. Le débiteur coupable doit la valeur de la chose périe, et, en outre, d'autres dommages et intérêts s'il y a lieu ; ses codébiteurs ne doivent que la valeur de la chose périe, mais ils la doivent solidairement (voy. les nºs 1252 et s.)

1474.—Si la chose due périt par la faute du débiteur principal, l'obligation est *perpétuée* même à l'égard de la caution ; car ceux qni se portent garants du débiteur d'un *corps certain* sont présumés cautionner les obligations secondaires qui dérivent de l'obligation principale dont est tenu le débiteur, et, par conséquent, l'obligation de conserver la chose jusqu'à la tradition, à peine de dommages et intérêts (art. 1136 et 2016 comb.).

1475.—Si enfin la chose due a péri par la faute de la caution, le débiteur principal est complètement libéré : car, si la caution s'oblige pour le débiteur, celui-ci ne s'oblige pas pour elle.

1476.—Ainsi, lorsque, par suite du fait ou de la faute du débiteur, l'obligation d'un *corps certain* se transforme en une obligation de dommages et intérêts, la *solidarité* et le *cautionnement*, qui servaient de garantie à la première dette, adhèrent

également et de plein droit à celle qui la remplace et qui est réputée être la même. Par analogie, il faut en dire autant des autres accessoires de l'ancienne dette, par exemple de l'*hypothèque*. Le créancier d'un *corps certain* qui stipule des garanties particulières les stipule précisément en prévision du cas où l'obligation se transformera en l'obligation de payer des dommages et intérêts au lieu et place de la chose due : car, tant que la chose existe, qu'a-t-il besoin de sûretés spéciales ?

1477.— III. *Du débiteur qui s'est chargé des cas fortuits.*— Qu'il soit ou non en demeure, il répond *indistinctement* de tous les cas fortuits : ainsi, il doit le prix de la chose périe, lors même qu'il est démontré qu'elle eût également péri chez le créancier si elle eût été en sa possession.

1478.—IV. *Du voleur.*— Il n'est pas nécessaire de mettre le voleur en demeure de restituer la chose qu'il détient : il est en demeure par le fait même du vol. Il répond donc des cas fortuits. Mais en répond-il *indistinctement* ? est-il obligé de payer le prix de la chose périe, *lors même qu'il est établi qu'elle eût également péri chez le propriétaire si elle eût été en sa possession ?* C'était l'avis de Pothier. " On n'entre point, disait-il, dans la discussion de savoir si la chose serait périe également chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées ; les voleurs sont *indistinctement* tenus."

Le Code a, ce me semble, reproduit la pensée de Pothier. Que dit-il, en effet ? que le voleur doit le prix de la chose, *de quelque manière qu'elle ait péri*. Ces mots : *de quelque manière qu'elle ait péri*, sont la traduction de l'adverbe *indistinctement* dont se servait Pothier. Il suffit, pour en rester convaincu, de lire attentivement les différentes dispositions qui forment le texte de notre article. Voici la première : " Le débiteur qui est en demeure répond des cas fortuits qui ne sont arrivés que parce que la chose s'est trouvée chez lui ; il ne répond point de ceux qui auraient également eu lieu si la chose se fût trouvée chez le créancier..." La seconde, qui fait antithèse à la première, porte : " *De quelque manière que*

la chose volée ait péri, le voleur en doit le prix..." N'apparaît-il point, et très-clairement, que la loi rejette, quant au voleur, la distinction qu'elle établit en faveur des débiteurs ordinaires ? n'est-il pas vrai que ces mots " *de quelque manière* que la chose volée ait péri " embrassent toutes les hypothèses possibles ? Il est même évident que la loi s'en est servie pour comprendre précisément le cas où la chose volée eût également péri chez le propriétaire si elle se fût trouvée en sa possession : car il eût été bien inutile de faire une disposition expresse pour nous apprendre que le voleur est responsable des cas fortuits qui ne sont arrivés que parce que la chose s'est trouvée chez lui.

Ainsi, le voleur répond *indistinctement* des cas fortuits. La loi n'a pas voulu, sans doute, forcer le propriétaire à discuter avec son voleur la question de savoir si la chose eût ou non également péri chez lui. Il est vrai que le propriétaire s'enrichira aux dépens du voleur, dans le cas où il sera etabli qu'elle eût également péri si elle se fût trouvée chez lui ; mais il ne faut voir dans cet avantage qu'une compensation aux chances de perte auxquelles le voleur l'avait exposée.

1479.—V. *Des accessoires de la chose périe et des droits que sa perte a pu faire naître.*—Lorsque la chose due périt par suite d'un cas fortuit ou de force majeure dont le débiteur n'est point responsable, l'obligation dont il était tenu est éteinte. Mais, comme il ne doit rien conserver de la chose qu'il devait livrer, il est tenu de restituer :

1° *Les accessoires de la chose périe.*—Si, par exemple, le cheval harnaché que je vous ai veudu périt par cas fortuit, je dois vous livrer les harnais qui ont été conservés.

2° *Ce qui reste de la chose périe.*—Par exemple, le sol et les matériaux conservés, lorsque la chose qui a péri était une maison.

3° *Les droits ou actions en indemnité qu'il peut avoir à l'occasion de la perte de la chose due.*—Je vous ai vendu ma maison; mon voisin y met le feu : le Code décide que je dois vous

céder l'action en indemnité que *j'ai acquise* contre l'auteur de l'incendie.

Cette disposition, qui était logique en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, ne l'est plus aujourd'hui. Autrefois, la convention n'étant point par elle-même translative de la propriété, le donateur, le vendeur, le coéchangiste, restait propriétaire de la chose promise ; le donataire, l'acheteur ou le coéchangiste, auquel elle était due, n'en devenait que *créancier* (voy. les nos 8, 1124 et s.) Lors donc que la chose due périssait par la faute d'un tiers, l'action en indemnité naissait dans la personne du débiteur dépouillé de son droit de *propriété ;* mais comme il ne pouvait point conserver pour lui l'action qui remplaçait en quelque sorte la chose périe, il était tenu de la céder au créancier.

Aujourd'hui les principes ne sont plus les mêmes. La convention de donner étant par elle-même translative de la propriété de la chose due, il en résulte que le donataire, l'acheteur ou le coéchangiste d'un corps certain en devient propriétaire en même temps que créancier, tandis que le donateur, le vendeur ou le coéchangiste, cesse d'en être propriétaire dès qu'il en devient débiteur. Dans ce système, l'action en indemnité naît, non pas dans la personne du débiteur, mais dans celle du créancier, qui l'acquiert de son propre chef, en échange du droit de propriété, dont l'a dépouillé, par sa faute, l'auteur de la perte de la chose due. Dès lors, il est bien évident que le débiteur n'a, dans ce cas, rien à céder, puisqu'il n'a rien acquis ; que le créancier n'a pas besoin qu'on lui cède l'action en indemnité née de la perte de la chose due, puisqu'elle est née dans sa personne.

Après avoir consacré le principe que les conventions de donner un corps certain sont par elles-mêmes translatives de la propriété, les rédacteurs du Code, perdant de vue l'innovation qu'ils avaient introduite, ont reproduit, par inadvertance, l'une des conséquences du principe qu'ils avaient abrogé : cette conséquence ne saurait donc être maintenue. Il faut dire aujourd'hui : Lorsque la chose due périt par le

fait ou la faute d'un tiers, l'action en indemnité naît *directement* dans la personne du créancier, qui l'acquiert de son propre chef au lieu et place du droit de propriété qu'il vient de perdre.

Cette rectification est très importante. Si, en effet, l'action en indemnité naissait dans la personne du débiteur, elle servirait de gage à tous ses créanciers, y compris celui auquel la chose périe devait être livrée. Dans notre système, ce dernier y aura seul droit.

1480.—VI. *Des obligations qui peuvent s'éteindre par la perte de la chose due.*—Ce mode d'extinction ne s'applique qu'aux obligations qui ont pour objet des choses susceptibles de périr. Les genres ne périssent point : les obligations qui ont pour objet une chose qui n'est déterminée que quant à son espèce ne sont donc point susceptibles de notre mode d'extinction. Et, en effet, tant qu'il existe un individu de l'espèce désignée au contrat, l'obligation peut être exécutée, car le débiteur peut se le procurer et le livrer au créancier ; or, les espèces ne périssant point, cet individu existera toujours. Le débiteur aura peut-être beaucoup de peine à se le procurer ; mais, pour que l'obligation soit éteinte, il ne suffit point que l'exécution en devienne *difficile*, il faut qu'elle soit *absolument impossible* (voy. le nº 1096-1º). Je vous ai vendu, non pas tel cheval individuellement déterminé, mais *un cheval* IN GENERE : quand même tous les chevaux que j'ai dans mon écurie, et celui que je veux vous livrer, viendraient à périr par cas fortuit, mon obligation subsiste : je puis, en effet, l'exécuter en me procurant un autre cheval que je vous livrerai.

Sauf cette exception, notre mode d'extinction s'applique à toutes les obligations. Ainsi, il s'applique :

1º Aux obligations qui ont pour objet un *corps certain ;*

2º Aux obligations alternatives de corps certains, lorsque *toutes* les choses dues périssent (voy., sous les nºs 1230 et s., ce qui arrive lorsque *l'une* de ces choses vient à périr) ;

3º Aux obligations de choses faisant partie d'une masse ou d'un nombre déterminé dans son individualité. Je vous vends,

sans le déterminer individuellement, l'un des tonneaux de vin qui sont dans ma cave : tant qu'il existe un tonneau dans ma cave, je reste débiteur ; mais, s'ils périssent tous, je suis libéré, car mon obligation n'a plus d'objet.

Dans ces différentes hypothèses, l'obligation est éteinte, *parce qu'il y a impossibilité absolue de l'exécuter.* Comment, en effet, livrer une chose qui a cessé d'exister? Le Code a traduit en un texte de loi le proverbe : *A l'impossible nul n'est tenu.* Partant de là, je dis, en généralisant l'idée de la loi : L'obligation est éteinte *toutes les fois que son exécution est devenue impossible.* C'est ainsi qu'on décide que l'obligation *de faire* cesse d'exister lorsque, par suite d'un cas fortuit, le fait qu'elle a pour objet ne peut plus être accompli. Je me suis engagé à vous faire une pièce de vers ; je deviens fou : mon obligation est éteinte.

Cette rubrique de notre section : *De la perte de la chose due*, est, par conséquent, trop restreinte. Il faut la remplacer par celle-ci : *De l'extinction de l'obligation par suite de la survenance d'un événement qui rend impossible l'accomplissement.*

CHAPITRE NEUVIÈME.

DE LA PREUVE.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1203. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui en oppose la nullité ou l'extinction doit justifier les faits sur lesquels est fondée sa contestation ; sauf les règles spéciales établies au présent chapitre.

CHAPTER NINTH.

OF PROOF.

SECTION I.

GENERAL PROVISIONS.

1203. The party who claims the performance of an obligation must prove it.

On the other hand he who alleges facts in avoidance or extinction of the obligation must prove them ; subject nevertheless to the special rules declared in this chapter.

* *Cod. De probat., Liv.* 4, *Tit.* 19, *LL.* 1 *et* 4. } *L.* 1. Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur : ita rursum debitor qui solutam adfirmat, ejus rei probationem præstare debet.

PP. pridiè calend. julii, Dextro II. et Prisco Coss. 197. (SEVERUS ET ANTONINUS).

L. 4. Proprietatis dominium non tantùm instrumento emptionis, sed et quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.

PP. calend. novembris, Alexandro A. III. et Dione Coss. 230. (ALEXANDER).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } *L.* 1. De même que le créancier qui demande une somme d'argent qu'il dit avoir comptée, est obligé de prouver sa demande ; de même le débiteur qui affirme l'avoir rendue, doit donner les iement.

les cal. de juillet, sous le deuxième cons. de Dexte., nier de Priscus. 197. (SÉVÈRE ET ANTONIN).

L. 4. On peut prouver le domaine de la propriété, non-seulement par l'acte de vente, mais encore par toutes autres preuves légitimes.

Fait pendant les cal. de novemb., sous le troisième cons. de l'emp. Alexandre, et le premier de Dion. 230. (ALEXANDRE).

---

* *ff. De probat., Liv.* 22, *Tit.* 3, *LL.* 19 *in pr. et* 21, 22, 23. } *L.* 19. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere ; ipsumque exceptionem, velut intentionem implere : utputà si pacti conventi exceptione utatur, decere debet pactum conventum factum esse. (ULPIANUS).

L. 21. Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scisse defunctum alienam rem, vel obligatam legare : non heredem probare oportere, ignorasse alienam, vel obligatam : quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. (MARCIANUS).

L. 22. Eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere. (ULPIANUS).

L. 23. Antè omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecæve sit. Sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit. (MARCIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Huiot.* } *L.* 19. En matière d'exception, on doit dire que le défendeur devient demandeur, qu'il doit prouver son exception comme le demandeur prouve sa demande ; par exemple, si le défendeur oppose par forme d'exception l'arrangement fait entre lui et le demandeur, il doit prouver que cette convention a été faite. (ULPIEN).

L. 21. Je pense que c'est au demandeur, c'est-à-dire au légataire, à prouver que le testateur a su que la chose qu'il léguait appartenait ou était obligée à autrui, et que ce n'est point à l'héritier à faire preuve que le testateur n'a pas eu cette connaissance ; parce que la nécessité de faire preuve regarde toujours le demandeur. (MARCIEN).

L. 22. Celui qui prétend qu'il y a eu un changement de volonté doit le prouver. (ULPIEN).

L. 23. Il faut avant toutes choses, lorsqu'on veut intenter l'action hypothécaire, prouver qu'il y a eu convention de gage ou d'hypothèque entre le créancier demandeur et le débiteur. Après que le demandeur aura fait cette preuve, il doit encore prouver que la chose appartenait à son débiteur lors de la convention du gage, ou du moins qu'elle appartenait à celui du consentement duquel cette convention a été faite. (MARCIEN).

---

* *De exceptione rei judicatæ,* *Liv.* 44, *Tit.* 1, *L.* 1. } 1. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur : nam reus in exceptione actor est. (ULPIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } 1. Celui qui oppose une exception ou fin de non-recevoir est en quelque façon censé agir : car le défendeur en se servant d'une exception devient demandeur. (ULPIEN).

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des preuves,*
Liv. 3, *Tit.* 6, *sec.* 1, *n*os 3, 4, 5. } 3. L'usage des preuves ne regarde pas les faits qui sont naturellement certains, et dont la vérité est toujours présumée, si le contraire n'est prouvé ; mais il regarde seulement les faits incertains, et dont la vérité n'est pas présumée si elle n'est prouvée. Ainsi, par exemple, celui qui demande une succession ou un legs en vertu d'un testament, n'a pas besoin de prouver que le testateur n'était pas insensé, pour en conclure la validité du testament ; car il est naturellement présumé que chacun a l'usage de la raison. (C. civ. 967, s.) Mais l'héritier du sang qui, pour annuler le testament, allègue la démence du testateur, doit prouver ce fait. Ainsi, celui qui veut se faire relever d'une obligation, se prétendant mineur, doit prouver son âge. (C. civ. 388, 1124, s.) Ainsi, celui qui dit qu'il est propriétaire d'un fonds qu'un autre possède, doit en faire preuve. (C. civ. 2228, 2230, s.)

4. Il s'ensuit de la règle précédente, que dans tous les cas d'un fait contesté, s'il est tel qu'il soit nécessaire d'en faire la preuve, c'est toujours celui qui l'avance qui doit le prouver. Ainsi, tous ceux qui font des demandes dont quelque fait est le fondement, doivent en établir la vérité, s'il est contesté. Ainsi, celui qui demande un legs porté par un codicile, doit en justifier ; ce qui fait qu'on dit communément que c'est au demandeur à prouver son fait.

5. Comme ceux qui font des demandes sont obligés de faire la preuve des faits qu'ils allèguent pour les fonder, si les défendeurs de leur part allèguent des faits dont ils se servent pour le fondement de leurs défenses, ils doivent les prouver. Ainsi, un débiteur qui, reconnaissant la dette, allègue un paiement, doit en faire preuve. Et quoiqu'il soit défendeur, il est considéré à l'égard de ce fait comme demandeur.

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 728. } 728. Celui qui se prétend créancier de quelqu'un, est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée : au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée, est obligé de prouver le paiement.

Il y a deux espèces de preuves, la *littérale* et la *testimoniale*, dont nous traiterons séparément dans les deux premiers chapitres.

La *confession* et certaines présomptions tiennent aussi lieu de preuves, ainsi que le *serment*.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Const. de rente*, *n°* 155. } Celui qui a été une fois reconnu possesseur de l'héritage ou de la rente dont la propriété est contestée, n'a plus rien à prouver dans la cause sur le pétitoire. Pour qu'il obtienne au pétitoire, et que la chose lui demeure, il suffit que son adversaire ne justifie pas que l'héritage ou la rente qui est en contestation, lui appartient. La raison est, qu'y ayant dans cette espèce un héritage ou une rente dont l'existence n'est pas contestée, il faut que quelqu'un en soit réputé le propriétaire, *ne dominia rerum sint in incerto ;* et dans le doute, celui qui s'en trouve le possesseur, doit en être présumé le propriétaire plutôt qu'aucun autre.

---

* *C. N.* 1315. } Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

[ARTICLE 1204.]

1204. La preuve offerte doit être la meilleure dont le cas, par sa nature, soit susceptible.

Une preuve secondaire ou inférieure ne peut être reçue, à moins qu'au préalable il n'apparaisse que la preuve originaire ou la meilleure ne peut être fournie.

1204. The proof produced must be the best of which the case in its nature is susceptible.

Secondary or inferior proof cannot be received unless it is first shown that the best or primary proof cannot be produced.

---

* 1 *Greenleaf*, *On Evid.*, *n°* 82 *et s.* } 82. A rule, which governs in the production of evidence, is that which requires *the best evidence of which the case*, *in its nature*, *is susceptible.* This rule does not demand the greatest amount of evidence, which can possibly be given of any fact; but its design is to prevent the introduction of any, which, from the nature of the case, supposes that better evidence is in the possession of the party. It is adopted for the prevention of fraud; for when it is apparent that better evidence is withheld, it is fair to presume that the party had some sinister motive for not producing it, and that, if offered, his design would be frustrated. The rule thus becomes essential to the pure administration of justice. In requiring the production of the best evidence applicable to each particular fact, it is meant, that no evidence shall be received which is merely substitutionary in its nature, so long as the original evidence can be had. The rule excludes only that evidence, which itself indicates the existence of more original sources of information. But where there is no substitution of evidence, but only a selection of weaker, instead of stronger proofs, or an omission to supply all the proofs capable of being produced, the rule is not infringed. Thus, a title by deed must be proved by the production of the deed itself,

if it is within the power of the party; for this is the best evidence of which the case is susceptible; and its non production would raise a presumption, that it contained some matter of apparent defeasance. But, being produced, the execution of the deed itself may be proved by only one of the subscribing witnesses, though the other also is at hand. And even the previous examination of a deceased subscribing witness, if admissible on other grounds, may supersede the necessity of calling the survivor. So, in proof or disproof of handwriting, it is not necessary to call the supposed writer himself. And even where it is necessary to prove negatively, that an act was done without the consent, or against the will of another, it is not, in general, necessary to call the person whose will or consent is denied.

83. All rules of evidence, however, are adopted for practical purposes in the administration of justice; and must be so applied as to promote the ends for which they were designed. Thus, the rule under consideration is subject to *exceptions*, where the *general convenience* requires it. Proof, for example, that an individual has acted notoriously as a public officer, is *primâ facie* evidence of his official character, without producing his commission or appointment.

84. This rule naturally leads to the division of evidence into PRIMARY and SECONDARY. *Primary evidence* is that which we have just mentioned as the best evidence, or that kind of proof which, under any possible circumstances, affords the greatest certainty of the fact in question; and it is illustrated by the case of a written document; the instrument itself being always regarded as the primary or best possible evidence of its existence and contents. If the execution of an instrument is to be proved, the primary evidence is the testimony of the subscribing witness, if there be one. Until it is shown that the production of the primary evidence is out of the party's power, no other proof of the fact is in general admitted. All evidence falling short of this in its degree, is termed *secondary*. The question, whether evidence is primary

or secondary, has reference to the nature of the case in the abstract, and not to the peculiar circumstances under which the party, in the particular cause on trial, may be placed. It is a distinction of law, and not of fact ; referring only to the quality, and not to the strength of the proof. Evidence which carries on its face no indication that better remains behind, is not secondary, but primary. And though all information must be traced to its source, if possible, yet if there are several distinct sources of information of the same fact, it is not ordinarily necessary to show that they have all been exhausted, before secondary evidence can be resorted to.

85. The cases which most frequently call for the application of the rule now under consideration, are those, which relate to the *substitution of oral for written evidence ;* and they may be arranged into three classes : including in the *first* class those instruments which the law requires should be in writing ;— in the *second*, those contracts which the parties have put in writing ;— and in the *third*, all other writings, the existence of which is disputed, and which are material to the issue.

86. In the *first* place, oral evidence cannot be substituted for any *instrument which the law requires to be in writing ;* such as records, public documents, official examinations, deeds of conveyance of lands, wills, other than nuncupative, promises to pay the debt of another, and other writings mentioned in the statute of frauds. In all these cases, the law having required, that the evidence of the transaction should be in writing, no other proof can be substituted for that as long as the writing exists, and is in the power of the party. And where oaths are required to be taken in open Court, where a record of the oath is made, or before a particular officer, whose duty it is to certify it ; or where an appointment to an additionnal office is required to be made and certified on the back of the party's former commission ; the written evidence must be produce. Even the admission of the fact, by a party, unless solemnly made, as a substitute for

other proof, does not supersede direct proof of matter of record, by which it is sought to affect him ; for the record, being produced, may be found irregular and void, and the party might be mistaken. Where, however, the record or document appointed by law, is not part of the fact to be proved, but is merely a collateral or subsequent memorial of the fact, such as the registry of marriages and births, and the like, it has not this exclusive character, but any other legal proof is admitted.

87. In the *second* place, oral proof cannot be substituted for the *written evidence of any contract which the parties have put in writing.* Here, the written instrument may be regarded, in some measure, as the ultimate fact to be proved, especially in the cases of negotiable securities ; and in all cases of written contracts, the writing is tacitly agreed upon, by the parties themselves, as the only repository and the appropriate evidence of their agreement. The written contract is not collateral, but is of the very essence of the transaction. If, for example, an action is brought for use and occupation of real estate, and it apears by the plaintiff's own showing that there was a written contract of tenancy, he must produce it, or account for its absence ; though, if he were to make out a *primâ facie* case, without any appearance of a written contract, the burden of producing it, or at least of proving its existence, would be devolved on the defendant. But if the fact of the occupation of land is alone in issue without respect to the terms of the tenancy, this fact may be proved by any competent oral testimony, such as payment of rent, or declarations of the tenant, notwithstanding it appears that the occupancy was under an agreement in writing ; for here the writing is only collateral to the fact in question. The same rule applies to every other species of written contract. Thus, where in a suit for the price of labor performed, it appears that the work was commenced under an agreement in writing, the agreement must be produced ; and even if the claim be for extra work, the plaintiff must still produce the

written agreement; for it may furnish evidence, not only that the work was over and beyond the original contract, but also of the rate at which it was to be paid for. So, in an indictment for feloniously setting fire to a house, to defraud the insurers, the policy itself is the appropriate evidence of the fact of insurance, and must be produced. And the recorded resolution of a charitable society, under which the plaintiff earned the salary sued for, was on the same principle held indispensably necessary to be produced. The fact, that in such cases the writing is in the possession of the adverse party, does not change its character; it is still the primary evidence of the contract; and its absence must be accounted for, by notice to the other party to produce it, or in some other legal mode, before secondary evidence of its contents can be received.

88. In the *third* place, oral evidence cannot be substituted for *any writing, the existence of which is disputed*, and which is *material either to the issue between the parties, or to the credit of the witnesses*, and is not merely the memorandum of some other fact. For, by applying the rule to such cases, the Court acquires a knowledge of the whole contents of the instrument, which may have a different effect from the statement of a part. "I have always," said Lord Tenterden, "acted most strictly on the rule, that what is in writing, shall only be proved by the writing itself. My experience has taught me the extreme danger of relying on the recollection of witnesses, however honest, as to the contents of written instruments; they may be so easily mistaken, that I think the purposes of justice require the strict enforcement of the rule." Thus, it is not allowed, on cross-examination, in the statement of a question to a witness, to represent the contents of a letter, and to ask the witness whether he wrote a letter to any person with such contents, or contents to the like effect; without having first shown the letter to the witness, and having asked him whether he wrote the letter, because, if it were otherwise, the cross-examining counsel

might put the Court in possession of only a part of the contents, of a paper, when a knowledge of the whole was essential to a right judgment in the cause. If the witness acknowledges the writing of the letter, yet be cannot be questioned as to its contents, but the letter itself must be read. And if a witness being examined in a foreign country, upon interrogatories sent out with à commission for that purpose, should in one of his answers state the contents of a letter which is not produced ; that part of the deposition will be suppressed, notwithstanding he being out of the jurisdiction, there may be no means of compelling him to produce the letter.

91. The rule rejecting secondary evidence is subject to some *exceptions ;* grounded either on public convenience, or on the nature of the facts to be proved. Thus, the contents of any record of a judicial Court, and of entries in any other *public books or registers*, may be proved by an *examined copy.* This exception extends to all records and entries of a public nature, in books required by law to be kept ; and is admitted because of the inconvenience to the public which the removal of such documents might occasion, especially if they were wanted in two places at the same time ; and also, because of the public character of the facts they contain, and the consequent facility of detection of any fraud or error in the copy.

92. For the same reasons, and from the strong presumption arising from the indisturbed exercise of a public office, that the appointment to it is valid, it is not, in general, necessary to prove the written *appointments of public officers.* All who are proved to have acted as such, are presumed to have been duly appointed to the office, until the contrary appears ; and it is not material how the question arises, whether in a civil or criminal case, nor whether the officer is or is not a party to the record ; unless, being plaintiff, he unnecessarily avers his title to the office, or the mode of his appointment ; in which case, as has been already shown, the

proof must support the entire allegation. These and similar exceptions are also admitted, as not being within the reason of the rule, which calls for primary evidence, namely, the presumption of fraud, arising from its non-production.

93. A further relaxation of the rule has been admitted, where the evidence is the result of *voluminous facts*, or of the inspection of *many books and papers*, the examination of which could not conveniently take place in Court. Thus, if there be one invariable mode in which bills of exchange have been drawn between particular parties, this may be proved by the testimony of a witness conversant with their habit of business, and speaking generally of the fact, without producing the bills. But if the mode of dealing has not been uniform, the case does not fall within this exception, but is governed by the rule requiring the production of the writings. So also, a witness who has inspected the accounts of the parties, though he may not give evidence of their particular contents, may be allowed to speak to the general balance, without producing the accounts. And where the question is upon the solvency of a party at a particular time, the general result of an examination of his books and securities may be stated in like manner.

94. Under this hand may be mentioned the case of *inscriptions*, on walls and fixed tables, *mural monuments*, *gravestones*, *surveyors' marks* on boundary trees, &c., which, as they cannot conveniently be produced in Court, may be proved by secondary evidence.

95. Another exception is made, in the examination of a witness on the *voir dire*, and in *preliminary* inquiries of the same nature. If, upon such examination, the witness discloses the existence of a written instrument affecting his competency, he may also be interrogated as to its contents. To a case of this kind, the general rule requiring the production of the instrument, or notice to produce it, does not apply; for the objecting party may have been ignorant of its existence, until it was declosed by the witness ; nor could he be

supposed to know that such a witness would be produced. So, for the like reason, if the witness, on the *voir dire*, admits any other fact going to render him incompetent, the effect of which has been subsequently removed by a written document, or even a record, he may speak to the contents of such writing, without producing it; the rule being that where the objection arises on the *voir dire*, it may be removed on the *voir dire*. If, however, the witness produces the writing, it must be read, being the best evidence.

1205. La preuve peut être faite par écrit, par témoins, par présomptions, par l'aveu de la partie ou par son serment, suivant les règles énoncées dans ce chapitre et en la manière indiquée dans le Code de Procédure Civile.

1205. Proof may be made by writings, by testimony, by presumptions, by the confession of the party or by his oath, according to the rules declared in this chapter and in the manner provided in the Code of Civil Procedure.

---

* *C. N.* 1316. } Les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes.

1206. Les règles contenues dans ce chapitre s'appliquent aux matières commerciales comme aux autres, à moins qu'elles ne soient restreintes expressément ou par leur nature.

1206. The rules declared in this chapter, unless expressly or by their nature limited, apply in commercial as well as in other matters.

[ARTICLE 1207.]

En l'absence de dispositions dans ce code quant à la preuve de matières commerciales, on doit avoir recours aux règles sur la preuve prescrites par les lois d'Angleterre.

When no provision is found in this code for the proof of facts concerning commercial matters, recourse must be had to the rules of evidence laid down by the laws of England.

---

* *S. R. B. C., ch.* 82, *sec.* 17. } 17. Dans la preuve de tous faits concernant les affaires de commerce, on aura recours dans toutes les cours de juridiction civile dans le Bas-Canada, aux règles de témoignage prescrites par les lois d'Angleterre. 25 G. 3, c. 2, s. 10.

SECTION II.

DE LA PREUVE LITTÉRALE.

§ 1. *Des écrits authentiques.*

1207. Les écrits suivants, faits ou attestés avec les formalités requises par un officier public ayant pouvoir de les faire ou attester dans le lieu où il agit, sont authentiques et font preuve de leur contenu, sans qu'il soit nécessaire d'en prouver la signature, non plus que le sceau qui y est attaché, ni le caractère de tel officier, savoir:

SECTION II.

OF PROOF BY WRITINGS.

§ 1. *Of authentic writings.*

1207. The following writings executed or attested with the requisite formalities by a public officer having authority to execute or attest the same in the place where he acts, are authentic and make proof of their contents without any evidence of the signature or seal appended to them, or of the official character of such officer being necessary, that is to say :

§ 1. Les copies des actes du parlement impérial et du parlement de cette province, et les copies des Edits et Ordonnances, et des Ordonnances de la province de Québec, et des Statuts et Ordonnances de la province du Bas-Canada, et des Statuts du Haut-Canada, imprimés par l'imprimeur dûment autorisé par Sa Majesté la Reine ou par ses prédécesseurs ;

§ 2. Les lettres-patentes, commissions, proclamations et autres documents émanant de Sa Majesté la Reine, ou du gouvernement exécutif de la province ;

§ 3. Les annonces officielles dans la Gazette du Canada publiées par autorité ;

§ 4. Les archives, registres, journaux et documents publics des divers départements du gouvernement exécutif et du parlement de cette province ;

§ 5. Les archives et registres des cours de justice et de procédure judiciaire dans le Bas-Canada ;

§ 1. Copies of the acts of the imperial parliament and of the parliament of this province, and copies of the Edicts and Ordinances, and of the ordinances of the Province of Quebec, and of the statutes and ordinances of the Province of Lower Canada, and of the statutes of Upper Canada, printed by the printer duly authorized by Her Majesty the Queen, or by any of her predecessors ;

§ 2. Letters-patent, commissions, proclamation and other instruments issued by Her Majesty the Queen, or by the executive government of the province ;

§ 3. Official announcements in the Canada Gazette published by authority ;

§ 4. The records, registers, journals and public documents of the several departments of the executive government and of the parliament of this province ;

§ 5. The records and registers of courts of justice and of judicial proceedings in Lower Canada ;

§ 6. Tous livres et registres d'un caractère public dont la loi requiert la tenue par des officiers publics dans le Bas-Canada ;

§ 7. Les livres, registres, règlements, archives et autres documents et papiers des corporations municipales, et autres corps ayant un caractère public en cette province ;

§ 8. Les copies et extraits officiels des livres et écrits ci-dessus mentionnés, les certificats et autres écrits faits ou attestés dans le Bas-Canada qui peuvent être compris dans le sens légal du présent article, quoique non énumérés.

§ 6. All books and registers of a public character required by law to be kept by official persons in Lower Canada ;

§ 7. The books, registers, by-laws, records and other documents and papers of municipal corporations and of other corporations of a public character in this province ;

§ 8. Official copies and extracts of and from the books and writings above mentioned, certificates, and all other writings executed or attested in Lower Canada, which are included within the legal intendment of this article although not enumerated.

---

§ 1.

* *S. R. C., ch.* 5, *sec.* 6, § 27, *sec.* 14, *et ch.* 80. } *Vingt-septièmement.* S'il est déclaré qu'aucun acte comme susdit est un acte public, telle déclaration sera interprétée comme prescrivant que tous juges, juges de paix et autres, seront tenus de prendre judiciairement connaissance du dit acte sans qu'il soit spécialement plaidé ; et tout acte qui n'est pas de sa nature, ou en vertu d'une disposition expresse, un acte public, sera censé être un acte privé, et il n'en sera pris judiciairement connaissance que quand il sera spécialement plaidé ; et tous exemplaires des actes publics ou privés, imprimés par

l'imprimeur de la Reine, feront preuve de tels actes et de leur contenu, et tout exemplaire dit imprimé par l'imprimeur de la Reine, sera censé l'avoir été par lui, à moins que le contraire ne soit prouvé :

14. Toute copie des statuts et ordonnances de la ci-devant province du Bas Canada, imprimée et publiée par l'imprimeur autorisé par Sa Majesté, ou quelqu'un de ses Prédécesseurs Royaux, sera reçue comme preuve incontestable de l'existence des divers statuts faits et passés par la législature de la province du Bas-Canada, antérieurement à l'union des provinces du Haut et du Bas Canada, et de la teneur de ces statuts et ordonnances, devant toute cour de jurisdiction civile ou criminelle dans le Haut Canada :

2. Et de la même manière, toute copie des statuts de la ci-devant province du Haut Canada, imprimée et publiée par l'imprimeur autorisé par Sa Majesté, ou par quelqu'un de Ses Prédécesseurs Royaux, sera reçue comme preuve incontestable de l'existence des divers statuts faits et passés par la législature de la dite Province du Haut Canada, antérieurement à l'union des dites provinces du Haut et du Bas Canada, et aussi de la teneur de ces statuts, devant toute cour de jurisdiction civile ou criminelle dans le Bas Canada. 7 V. c. 4, s. 1.

Ch. 80. Acte concernant l'admission de la preuve des jugements rendus à l'étranger, et de certains documents officiels et autres.—1. Tout jugement, décret ou autre procédure judiciaire, recouvré, rendu, adopté ou pris dans aucune des cours supérieures de loi, d'équité ou de banqueroute en Angleterre, en Irlande ou en Ecosse, ou dans toute cour de record du Bas Canada, ou dans toute cour de record des Etats-Unis ou de l'un des Etats-Unis d'Amérique, pourra être prouvé dans toute poursuite, action ou procédure en loi ou en équité dans le Haut Canada, dans laquelle la preuve de ce jugement, décret ou procédure judiciaire sera nécessaire ou requise, par la simple production d'une copie d'icelui, sous le sceau des dites cours respectivement, sans qu'il soit besoin de prouver

l'authenticité du dit sceau, ou sans autre preuve quelconque; et ce, de la même manière que tout jugement, décret ou autre procédure judiciaire d'aucune des cours supérieures de loi ou d'équité du Haut Canada, peut être prouvé par copie d'icelui, dans toute procédure judiciaire ou autre des dites cours en dernier lieu mentionnées, respectivement. 13, 14 V. c. 19, s. 1.

2. Toute copie notariée d'un acte ou d'un instrument par écrit passé dans le Bas Canada devant un notaire ou des notaires, et enfilée, inscrite ou enrégistrée par tels notaire ou notaires, sera reçue comme preuve dans toute procédure judiciaire ou autre, soit en loi, soit en équité, dans le Haut Canada, aux lieu et place de l'original, et aura la même force et le même effet que si l'original eut été produit et prouvé. 13, 14 V. c. 19, s. 2.

3. Telle copie notariée pourra être récusée et mise de côté, en prouvant qu'il n'existe pas de semblable original ou que la copie notariée n'est pas une vraie copie de l'original en quelque partie essentielle, ou que l'original n'est pas un instrument de nature, suivant la loi du Bas Canada, à être passé par-devant un notaire ou des notaires, ou enfilé, inscrit ou enrégistré par un notaire ou des notaires du Bas Canada. 13, 14 V. c. 19, s. 2.

4. Tout jugement, décret ou autre procédure judiciaire d'une cour de record du Haut Canada, pourra être prouvé dans toute poursuite, action ou autre procédure, dans quelque cour du Bas Canada que ce soit, par la production d'une copie du dit jugement, décret ou autre procédure judiciaire, sous le sceau de telle cour de record, sans qu'il soit besoin de prouver l'authenticité du sceau, ou d'aucune autre preuve quelconque. 13, 14 V. c. 19, s. 3.

5. Dans tous les cas où l'original ferait preuve, une copie de tout document officiel ou public en cette province, qui comporte avoir été certifiée sous le seing de l'officier compétent ou de la personne sous la garde de laquelle le dit docu-

ment officiel et public se trouve placé, ou une copie de tout document, statut, règle, règlement ou délibération, ou copie d'une entrée dans tout registre ou autre livre d'une corporation créée par une charte ou un statut en cette province, et qui comporte avoir été certifiée sous le sceau de telle corporation, et sous le seing du président ou du secrétaire de cette corporation, sera recevable en preuve de toute particularité, dans toute cour de justice, ou devant tout tribunal légal, ou devant le conseil législatif ou l'assemblée législative ou aucun de leurs comités respectivement, ou dans toute procédure judiciaire, sans qu'il soit besoin de prouver l'authenticité du sceau de la dite corporation, ni le seing ou le caractère officiel de la personne ou des personnes qui paraissent y avoir apposé leurs seings, et sans aucune autre preuve d'iceux. 13, 14 V. c. 19, s. 4.

6. Toutes les cours, juges, juges de paix, maître en chancellerie, maîtres de cours (*masters of courts*,) greffiers de cours, protonotaires, commissaires agissant judiciairement, et autres, officiers judiciaires en cette province, prendront judiciairement connaissance du seing de tout juge des cours supérieures de circuit ou de comté, de loi ou d'équité du Haut ou du Bas Canada, si ce seing est annexé ou attaché à un décret, ordre, certificat, affidavit ou autre document judiciaire ou officiel, 13, 14 V. c. 19, s. 5.

7. Quiconque contrefait le sceau ou le seing apposé sur une copie certifiée, tel que ci-dessus mentionné, ou offre en preuve telle copie certifiée, avec un sceau ou un seing faux ou contrefait, sachant qu'il est faux ou contrefait, et que ce sceau ou seing soit celui d'une corporation ou d'un bureau déjà créé ou établi, ou qui le sera ci-après ; ou quiconque contrefait le seing d'un tel juge comme susdit, sur un décret, ordre, certificat, affidavit ou autre document officiel ou public, ou offre en preuve un ordre, décret, certificat, affidavit ou autre document officiel ou public, en y apposant un seing faux ou contrefait de tel juge comme susdit, sachant qu'il est faux ou contrefait, sera coupable de félonie, et emprisonné

dans le pénitencier provincial pour une période de pas moins de deux ans, ni de plus de cinq ans. 13, 14 V. c. 19, s. 6.

8. Chaque fois qu'un des documents mentionnés ci-dessus est reçu en preuve en vertu de cet acte, la cour, le juge, le commissaire, ou toute autre personne agissant ou siégeant judiciairement qui le reçoit en preuve, pourra, à sa discrétion, ordonner que le dit document soit déposé et placé sous la garde du maître ou autre officier de la cour, ou de quelqu'autre personne compétente, jusqu'à ce qu'un nouvel ordre y relatif soit donné par la dite cour, ou à la cour à laquelle tel maître ou autre officier appartient, ou par la personne ou les personnes qui constituaient la dite cour, ou par l'un des juges des cours supérieures, de circuit ou de comté, de loi ou d'équité, suivant le cas, sur demande faite à cette fin. 13, 14 V. c. 19, s. 6.

St. du C., 31 *Vict.*, *ch.* 1, *s.* 7, § 38, *Acte concernant l'interprétation des Statuts du Canada.*

38. Tout acte, à moins que par disposition expresse il ne soit déclaré acte privé, devra être réputé acte public, et il en sera judiciairement pris connaissance par tous juges, juges de paix et autres, sans qu'il soit nécessaire de l'alléguer spécialement : et tous exemplaires des actes publics ou privés, imprimés par l'imprimeur de la Reine, feront foi de ces actes et de leur contenu, et tout exemplaire apparemment imprimé par l'imprimeur de la Reine, sera censé l'avoir été par lui, à moins que le contraire ne soit démontré.

St. du C., 32-33 *Vict.*, *ch.* 7, *s.* 4, *Acte concernant la charge d'imprimeur de la Reine et les impressions publiques.*

Toutes copies de proclamations et d'avis, annonces et documents officiels et autres, imprimées dans la Gazette du Canada, feront foi *primâ facie* des originaux et de leur contenu.

St. de Québec, 31 *Vict., ch.* 6, *s.* 14, *Acte concernant les Statuts de cette province.* } 14. Toute copie d'acte imprimé par l'imprimeur de la Reine sera considérée comme preuve incontestable de l'existence de cet acte et de sa teneur ; et toute copie paraissant ainsi imprimée est considérée l'avoir été, à moins que le contraire ne soit prouvé.

St. de Québec, 31 *Vict., ch.* 7, *s.* 6, *Acte concernant l'interprétation des Statuts de Québec.* } 6. Nonobstant l'article 10 du code civil, tout acte est public à moins qu'il n'ait été declaré privé. Toute personne est tenue de prendre connaissance des actes publics, mais les actes privés doivent être plaidés.

St. de Québec, 31 *Vict., ch.* 13, *s.* 9, *Acte concernant la charge d'imprimeur de la Reine et la Gazette Officielle.* } 9. Toutes publications dans la "Gazette Officielle de Québec," et tous exemplaires des statuts de cette province que le dit imprimeur aura imprimés, ou fait imprimer, pour le gouvernement, seront authentiques et feront preuve de leur contenu, sans qu'il soit besoin d'aucune autre preuve ; et toutes publications et tous exemplaires des statuts paraissant être ainsi imprimés seront réputés l'être jusqu'à preuve du contraire.

---

§ 2.

* 1 *Greenleaf, Evid.,* n[os] 470-479-480. } 470. WRITINGS are divisible into two classes, namely, PUBLIC and PRIVATE. The former consists of the acts of public functionaries, in the *Executive*, *Legislative*, and *Judicial* Departments of Government, including, under this general head, the transactions which official persons are required to enter in books or registers, in the course of their public duties, and which occur within the circle of their own personal knowledge and

and observation. To the same head may be referred the consideration of documentary evidence of the acts of State, the Laws, and Judgments of Courts of foreign governments. Public writings are susceptible of another division, they being either judicial, or not judicial; and with respect to the means and mode of proving them, they may be classed into, those which are of record, and those which are not of record.

479. We proceed now, in the SECOND PLACE, to consider the MODE OF PROOF of public documents, beginning with those which are *not judicial.* And first, of *acts of State.* It has already been seen, that Courts will judicially take notice of the political constitution, or frame of the government of their own country, its essential political agents, or officers, and its essential ordinary and regular operations. The great seal of the State and the seals of its judicial tribunals require no proof. Courts also recognize, without other proof than inspection, the seals of State of other nations, which have been recognized by their own sovereign. The seals, also, of foreign Courts of Admiralty, and of notaries-public, are recognized in the like manner. Public statutes, also, need no proof, being supposed to exist in the memories of all; but, for certainty of recollection, reference is had either to a copy from the legislative rolls, or to the book printed by public authority. Acts of State may be proved by production of the original printed document, from a press authorized by government. Proclamations, and other acts and orders of the Executive, of the like character, may be proved by production of the government Gazette, in which they were authorized to be printed. Printed copies of public documents, transmitted to Congress by the President of the United States, and printed by the printer to Congress, are evidence of those documents. And here it may be proper to observe, that, in all cases of proof by a copy, if the copy has been taken by a machine, worked by the witness who produces it, it is sufficient. The certificate of the Secretary of

State is evidence that a particular person has been recognized as a foreign minister. And the certificate of a foreign governor, duly authenticated, is evidence of his own official acts.

480. Next, as to *legislative acts*, which consist of statutes, resolutions, and orders, passed by the legislative body. In regard to *private statutes*, resolutions, &c., the only mode of proof, known to the Common Law, is either by means of a copy, proved on oath to have been examined by the roll itself; or, by an exemplification under the great seal. But in most if not all of the United States, the printed copies of the laws and resolves of the legislature, published by its authority, are competent evidence either by statute, or judicial decision; and it is sufficient *primâ facie*, that the book purports to have been so printed. It is the invariable course of the legislatures of the several States, as well as of the United States, to have the laws and resolutions of each session printed by authority. Confidential persons are selected to compare the copies with the original rolls, and superintend the printing. The very object of this provision is to furnish the people with authentic copies; and, from their nature, printed copies of this kind, either of public or private laws, are as much to be depended on, as the exemplification, verified by an officer who is a keeper of the record.

---

* 2 *Taylor*, *Evid.*, § 1523, *sur* § 1368. } § 1523. The mode of proving public documents must now, in the second place, be considered. And, first, as to *legislative Acts*. It has already been seen that *public statutes* need not proof, being supposed to exist in the memories of all. Still, for certainty of recollection, reference is had to a printed copy, and if the accuracy of such copy be questionable, the court will consult the Parliament roll. In most of the *local and personal Acts*, it was customary, prior to the year 1851, to insert a clause, declaring that the Act should be deemed public, and

should be judicially noticed : and the effect of this clause was to dispense with the necessity, not only of pleading the Act specially, but of producing an examined copy, or a copy printed by the printer for the Crown. Since the commencement of the year 1851 this clause, however, has been omitted the Legislature having enacted that every Act made after that date shall be deemed a public Act, and be judicially noticed as such, unless the contrary be expressly declared. The simplest mode of proving those few Acts, whether they be local and personal, or merely private, which, being passed before the year 1851, contain no clause declaring them to be public, or which, being passed since that date, contain an express clause, declaring them not to be public, is by producing a copy, which, if it *purports* to be printed by the Queen's printer, need not be proved to be so ; or the Act may be proved by means of an examined copy, shown on oath to have been compared with the Parliament roll. Where the Acts have not been printed by the printers for the Crown, as is sometimes the case with respect to Acts for naturalising aliens, for dissolving marriages, for inclosing lands, and for other purposes of a strictly personal character, an examined copy, or a certified transcript into Chancery, if there be one, furnishes the regular proof.

---

§ 3.

Voy. autorités sur §§ 1, 2 et 8 du présent article.

---

* 1 *Greenleaf, Evid.*, *n*° 492. } 492. The *Government Gazette* is admissible and sufficient evidence of such acts of the Executive, or of the government, as are usually announced to the public through that channel, such as proclamations, and the like. For besides the motives of self-interest and official duty, which bind the publisher, to accuracy, it is to be remembered, that intentionally to publish any

thing as emanating from public authority, with knowledge that it did not so emanate, would be a misdemeanor. But in regard to other acts of public functionaries, having no relation to the affairs of government the Gazette is not admissible evidence.

---

§ 4.

Voy. *S. R. du C., ch.* 80, *sec.* 5, cité sur § 1er du présent article et *Greenleaf*, cité sur art. 1207, §§ 2 et 8.

---

* 1 *Greenleaf, Evid.,* *nos* 482-483. } 482. In regard to the *Journals* of either branch of the legislature, a former remark may be here repeated, equally applicable to all other *public records and documents*, namely, that they constitute an exception to the general rule, which requires the production of the best evidence, and may be proved by examined copies. This exception is allowed, because of their nature, as original public documents, which are not removable at the call of individuals, and because, being interesting to many persons, they might be necessary, as evidence, in different places at the same time. Moreover, these being public records, they would be recognized as such by the Court, upon being produced, without collateral evidence of their identity or genuineness ; and it is a general rule, that, whenever the thing to be proved would require no collateral proof upon its production, it is provable by a copy. These journals may also be proved by the copies printed by the government printer, by authority of the House.

483. The next class of public writings to be considered, consists of *official registers*, or books kept by persons in public office, in which they are required, whether by statute or by the nature of their office, to write down particular transactions, occurring in the course of their public duties, and under their personal observation. These documents, as well

as all others of a public nature, are generally admissible in evidence, notwithstanding their authenticity is not confirmed by those usual and ordinary tests of truth, the obligation of an oath, and the power of cros-.examining the persons, on whose authority the truth of the documents depends. The extraordinary degree of confidence, it has been remarked, which is reposed in such documents, is founded principally upon the circumstance, that they have been made by authorized and accredited agents, appointed for the purpose ; but partly also on the publicity of their subject-matter. Where the particular facts are inquired into and recorded for the benefit of the public, those who are empowered to act in making such investigations and memorials, are in fact the agents of all the individuals who compose the State ; and every member of the community may be supposed to be privy to the investigation. On the ground, therefore, of the credit due to agents so empowered, and of the public nature of the facts themselves, such documents are entitled to an extraordinary degree of confidence ; and it is not necessary that they should be confirmed and sanctioned by the ordinary tests of truth. Beside this, it would always be difficult, and often impossible, to prove facts of a public nature, by means of actual witnesses upon oath.

---

§ 5.

Voy. *S. R. C.*, *ch.* 80, *sec.* 5, cités sur §§ 1 et 8 du présent article.

---

§ 6.

Voy. autorités sur le §§ 1 et 8 du présent article.

---

§ 7.

Voy. autorités sur §§ 1 et 8 du présent article et *Greenleaf*, cité sur art. 1207, § 4.

* 23 *Vict., ch.* 61, *Acte des municipalités, sec.* 20, §§ 2, 3, 4. } 2. Le secrétaire-trésorier de chaque conseil assistera à toutes les séances, et inscrira tous les actes et délibérations du conseil dans un registre tenu pour cet objet ; et il permettra à toutes les personnes intéressées d'y avoir accès à toute heure raisonnable ;

3. Il aura la garde de tous les livres, registres, rôles d'évaluation et de perception, rapports, procès-verbaux, actes de répartitions, plans, cartes, archives, documents et papiers déposés et conservés dans le bureau du conseil ;

4. Chaque copie ou extrait de tel livre, registre, rôle d'évaluation ou de perception, rapport, procès-verbal, acte de répartition, plan, carte, archives, document ou papier, certifiée par tel secrétaire-trésorier, sera censée authentique.

Code Municipal de la province de Québec, art. 158. } Les copies et extraits certifiés par le secrétaire-trésorier de tous livres, registres, archives, documents et papiers conservés dans le bureau du conseil font preuve de leur contenu.

Code du Notariat, St. de Québec, 46 *Vict., ch.* 32, *s.* 96. } Les minutes, répertoires et index des notaires transmis aux protonotaires de la Cour supérieure font partie des archives de leur bureau.

---

§ 8.

* 1 *Greenleaf, Evid., n°* 484. } 484. These books, therefore, are recognized by law, because they are required by law to be kept, because the entries in them are of public interest and notoriety, and because they are made under the sanction of an oath of office, or at least under that of official duty. They belong to a particular custody, from which they are not usually taken by special authority, granted only in cases where inspection of the book itself is necessary, for the purpose of identifying the book, or the handwriting, or of determining some question arising upon

the original entry, or of correcting an error, which has been duly ascertained. Books of this public nature, being themselves evidence, when produced, their contents may be proved by an immediate copy, duly verified. Of this description are parish registers ; the books of the Bank of England, which contain the transfers of public stock ; the transfer books of the East India Company ; the rolls of Courts baron ; the books which contain the official proceedings of corporations, and matters respecting their property, if the public at large is concerned with it ; books of assessment of public rates and taxes ; vestry books ; bishops' registers, and chapter-house registers ; terriers ; the books of the post-office, and custom-house, and registers of other public offices ; prison registers ; enrolment of deeds ; the registers of births and marriages, made pursuant to the statutes of any of the United States ; the registration of vessels in the custom house ; and the books of record of the transactions of towns, city councils, and other municipal bodies. In short, the rule may be considered as settled, that every document of a public nature, which there would be an inconvenience in removing, and which the party has a right to inspect, may be proved by a duly authenticated copy.

Voy. autorités sur §§ 1 et 8 du présent article.

St. de Québec, 32 *Vict.*, *ch.* 10, *Acte pour donner authenticité à certains écrits, sanctionné* 5 *avril* 1869. } 1. Les écrits suivants, faits ou attestés, avec les formalités requises, par un officier public ayant pouvoir de les faire ou attester, dans le lieu où il agit, sont authentiques, et font preuve de leur contenu, sans qu'il soit nécessaire d'en prouver la signature, non plus que le sceau qui y est attaché, ni le caractère de tel officier, savoir :

1. Les lettres-patentes, commissions, proclamations, ordres en conseil, et autres documents émanant du gouvernement exécutif de cette province ;

[ARTICLE 1208.]

2. Les archives, registres, journaux et documents publics des divers départements du gouvernement exécutif, et de la législature de cette province ;

3. Les copies et extraits officiels des livres, documents et écrits ci-dessus mentionnés, les certificats, et tous les autres écrits qui peuvent être compris dans le sens légal de la présente section, quoique non énumérés.

2. La signature du député du greffier du conseil exécutif nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil, ou du premier clerc du bureau du conseil exécutif, aura le même effet, sous l'autorité du présent acte, qu'aurait eu la signature du greffier du conseil exécutif.

1208. [Un acte notarié reçu devant un notaire est authentique s'il est signé par toutes les parties.

Si les parties ou l'une d'elles est incapable de signer, il est nécessaire, pour que l'acte soit authentique, qu'il soit reçu par un notaire en la présence actuelle d'un autre notaire ou d'un témoin qui y signe.

Les témoins doivent être mâles, âgés d'au moins vingt-et-un ans, sains d'esprit, n'être parent d'aucune des parties jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, ni intéressés dans l'acte, ni mort civilement, ni réputés in-

1208. [A notarial instrument received before one notary is authentic if signed by all the parties.

If the parties or any of them be unable to sign, it is necessary to the authenticity of the instrument that it be received by one notary, in the actual presence of another subscribing notary, or of a subscribing witness.

The witnesses must be males, nor less than twenty-one years of age, of sound mind, nor related to either of the parties within the degree of cousin-german, without interest in the instrument, not civilly dead, and not deemed in-

fâmes en loi. Les aubains peuvent servir de témoins aux actes notariés.]

Cet article est sujet aux dispositions contenues dans l'article qui suit et à celles qui ont rapport aux testaments. Il ne s'applique pas aux cas mentionnés en l'article 2380, où un seul notaire suffit.

famous by law. Aliens may act as such witnesses.]

This article is subject to the provisions contained in the next following article, and to those relating to wills. It does not apply in the cases mentioned in article 2380, where a notary alone is sufficient.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, nos 730-2. } 730. Les *actes authentiques* sont ceux qui sont reçus par un officier public, avec les solennités requises.

Il faut que l'acte soit reçu dans le lieu où cet officier a caractère d'officier public, et droit d'instrumenter.

C'est pourquoi si un notaire recevait un acte hors du territoire de la juridiction où il est établi notaire, ce ne serait point un acte authentique.

Par un privilège particulier des Châtelets de Paris, d'Orléans et de Montpellier, les notaires de ces Châtelets ont le droit de recevoir des actes par tout le royaume (*coutume d'Orléans*, art. 463).

731. Quoiqu'il y ait des règlements qui ont défendu aux notaires subalternes de recevoir des actes entre d'autres personnes que les justiciables de la juridiction où ils sont établis, et pour d'autres biens que ceux situés en leur territoire ; néanmoins ces actes ne laissent pas de passer pour authentiques ; ces règlements ayant été regardés comme des lois bursales, et n'ayant pas eu d'effet.

732. Si le notaire ou officier public était interdit de ses fonctions lorsqu'il a reçu l'acte, l'acte ne serait point authentique.

* 1 *Guyot*, *Répert.*, *v° Authentique*, *p.* 809. } AUTHENTIQUE. Ce mot s'applique aux actes émanés d'officiers publics, et accompagnés de toutes les marques déterminées par la loi, pour que foi y soit ajoutée partout où l'on veut en faire usage ; c'est ce qui les distingue des actes sous signature privée, qui ne peuvent saisir la confiance que de ceux qui les ont souscrits.

Pour qu'un acte soit authentique, il faut donc d'abord qu'il émane d'un officier qui ait eu qualité pour l'attester, et que cet acte ait été de son ministère. La raison pour laquelle on prend une confiance particulière aux actes émanés d'un officier public, c'est parce qu'il est reconnu pour un homme de probité, incapable de rien certifier qui ne soit conforme à la plus exacte vérité ; et cette confiance est fondée sur ce que le souverain, appréciateur du mérite et des talents de ses sujets, ne lui aurait point donné d'emploi dans l'ordre public, s'il n'avait eu un témoignage de ses mœurs et de sa capacité ; témoignage encore qui se fortifie par l'enquête *de vie et de mœurs*, et par le serment qui précèdent sa réception.

Les marques caractéristiques de l'authenticité des écrits, ne sont pas les mêmes pour toutes sortes d'actes. On distingue entre ceux qui émanent directement du prince, et ceux qui émanent de ses chancelleries, de ses officiers de judicature, et de ceux qu'il a préposés pour attester les conventions des particuliers entre eux.

Ceux qui émanent directement du prince, tels que sont les ordres et brevets qu'il donne ou qu'il envoie, ainsi que ceux qui n'ont pour objet que l'administration, sont suffisamment attestés par sa signature et par celle d'un secrétaire d'état. Ceux qui viennent indirectement de lui par l'organe de ses ministres, de ses officiers militaires, de ses intendants, etc., sont pareillement regardés comme certains, lorsqu'ils sont munis de leurs armes, de leur signature et du contre-seing de leurs secrétaires.

A l'égard des édits, ordonnances, déclarations, lettres patentes, et de tout ce qui a rapport à la législation, outre la

signature du roi, celle du secrétaire d'état, le *visa* du chancelier, il faut encore que ces actes soient munis de l'empreinte des sceaux de France.

La même chose s'observe pour les lettres de grâce, les lettres de noblesse, de privilèges, d'affranchissement, etc.

---

* 8 *Toullier*, *n⁰* 53 *et s.* } 53. " L'acte *authentique*, dit l'art. 1317, est celui qui a été *reçu* par *officiers publics* ayant le droit d'instrumenter, dans le *lieu* où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises."

54. On peut en général distinguer quatre sortes d'actes *authentiques ;* savoir :

1o Les actes législatifs, et ceux qui émanent du pouvoir exécutif ou du gouvernement, tels que les ordonnances du roi, les traités de paix ou d'alliance, etc. ;

2o Les actes *judiciaires*, ce qui comprend tant les jugements que différentes sortes d'exploits et de procès-verbaux faits par des officiers de justice, et en général tous les actes de procédure ;

3o Les actes administratifs, qui émanent des chefs et préposés des différentes administrations. On peut ranger dans cette classe les actes consignés dans les registres publics, tels que ceux de l'état civil, les registres du conservateur des hypothèques, de l'enregistrement, etc. ;

4o Enfin les actes notariés, c'est-à-dire qui sont reçus par ces officiers publics qu'on nomme *notaires*, et par ceux qu'on nommait autrefois *tabellions*.

St. de Québec, 33 *Vict.*, *ch.* 23, *ss.* 1 *et* 2, *Acte pour rendre valides certains actes notariés, sanctionné* 1er *fév.* 1870. } 1. Toutes les minutes d'actes notariés, excepté des testaments et codiciles, qui n'étaient point contre-signées lors de la mise en force du code civil, ou qui ne l'ont pas été, seront, à compter de la passation du présent acte, considérées

comme valides et authentiques, comme si elles eussent été contre-signées par le notaire en second et les témoins instrumentaires y dénommés ; pourvu toutefois que la validité ou l'authenticité des dits actes ne soit pas affectée par aucune autre cause que celle mentionnée dans la présente section.

2. Toutes expéditions de tels actes qui ont été délivrées et tout enregistrement d'icelles fait ou qui sera fait, seront valides et feront foi des dits actes et de leur enregistrement, nonobstant que le nom d'un notaire en second ou de témoins instrumentaires se trouve mentionné sur telles expéditions enregistrées ou non enregistrées.

St. de Québec, 46 *Vict.*, *ch.* 32, *s.* 25 *à* 80, *Code du Notariat.* } 25. Un notaire ne peut pas tenir son étude dans les bureaux des protonotaires, shérifs ou régistrateurs.

Cette disposition ne s'applique pas aux régistrateurs nommés avant le 1er janvier 1874, non plus qu'à ceux nommés avant cette date, et qui depuis ont été nommés régistrateurs conjoints.

26. La profession de notaire est incompatible avec celles d'avocat, médecin et arpenteur.

27. Les notaires qui se font recevoir avocats, médecins ou arpenteurs ne peuvent plus exercer la profession de notaire, et doivent déposer ou céder leur greffe, sans délai.

28. L'exercice de la profession de notaire est aussi interdit aux notaires nommés shérifs, députés-shérifs, protonotaires, députés-protonotaires, régistrateurs ou députés-régistrateurs.

Cette disposition ne s'applique pas aux notaires nommés régistrateurs avant le premier janvier mil huit cent soixante et quatorze, non plus qu'à ceux-ci, nommés plus tard régistrateurs conjoints.

29. Néanmoins tout notaire nommé à l'une des charges mentionnées en l'article précédent, quelle que soit la date de sa nomination, peut conserver ses minutes, répertoire et index et en délivrer des copies et extraits authentiques.

30. Le notaire reçu avocat, médecin ou arpenteur ou nom-

mé à l'une des charges mentionnées dans l'article 28, reste sujet à la contribution à la chambre des notaires, jusqu'à ce qu'il ait donné à l'un des secrétaires de la chambre, un avis de sa réception ou de sa nomination, accompagné d'un certificat du dépôt ou de la transmission de son greffe.

31. Le notaire nommé à l'une des charges mentionnées en l'article 28 peut, s'il est dans les conditions voulues par l'article 102, reprendre l'exercice de la profession de notaire lorsqu'il a cessé de remplir la charge de protonotaire, député-protonotaire, shérif, député-shérif, régistrateur ou député-régistrateur, et après avoir transmis à l'un des secrétaires de la chambre (*Cédule nº* 1.) un avis à cet effet.

32. Il en est de même pour tout notaire qui a cessé volontairement de pratiquer et qui veut reprendre l'exercice de sa profession.

Des actes notariés en général.— 33. Les actes notariés sont ceux qui sont reçus par un ou par des notaires publics. Ils sont considérés authentiques, et font par eux-mêmes preuve de leur contenu, et foi en justice.

34. Les notaires peuvent, s'ils y consentent, instrumenter, faire et dater validement les actes de juridiction volontaire, les dimanches, fêtes d'obligation et fêtes légales ; ils ne le peuvent quant aux actes de juridiction contentieuse.

35. Les actes reçus par un notaire parent ou allié de l'une ou l'autre des parties, à quelque degré que ce soit, n'en sont pas moins authentiques, sauf les dispositions de l'article 845 du code civil sur les testaments.

36. Un notaire ne peut recevoir un acte ou contrat dans lequel il est une des parties contractantes.

37. Les notaires ne sont pas tenus d'écrire eux-mêmes les actes qu'ils reçoivent ; et ils peuvent se servir de blancs imprimés ou manuscrits.

38. Les sociétés commerciales dont la déclaration a été déposée aux lieux prescrits par la loi, sont suffisamment désignées par leur nom social, et peuvent transiger dans tout acte notarié sous tel nom social, en mentionnant à l'acte, le lieu

où se trouve le siège de leurs affaires, et les noms, qualité et demeure de celui des associés qui les représente.

39. Les noms, l'état et la demeure des parties doivent être connus des notaires, ou leur être attestés dans l'acte par un majeur connu d'eux et sachant signer.

40. Les actes des notaires doivent être écrits sur bon papier grand format (foolscap), avec de bonne encre, sans abréviation, et sans blanc, lacune ni espace non marqués d'un trait de plume. Il faut énoncer en toutes lettres les sommes, les dates et les numéros qui sont autres qu'une simple indication ou référence non absolument essentielles.

41. L'acte notarié doit énoncer les noms, qualité officielle, la résidence et la signature du notaire qui le reçoit ; les noms, qualités et la demeure des parties avec désignation des procurations ou mandats produits, la présence, les noms, qualité officielle et demeure du notaire assistant, la présence, les noms, qualité et demeure des témoins requis, le lieu où l'acte est reçu, le numéro de la minute, la date de l'acte, la lecture de l'acte faite aux parties, la signature du ou des notaires et témoins, et celle des parties ou leur déclaration qu'elles ne peuvent signer et la cause.

42. Le lieu où l'acte est reçu est suffisamment énoncé par l'indication de la cité, ville, paroisse ou autre lieu.

43. Lorsqu'un acte où figurent plusieurs parties est signé ou consenti par chacune d'elles à des jours ou lieux différents, il est loisible au notaire d'exprimer cette pluralité de dates et de lieux en énonçant qu'à l'égard de telle partie l'acte a été signé ou consenti tel jour et à tel lieu, et qu'à l'égard de telle autre partie, il a été aussi signé ou consenti à tel jour et tel lieu. Et l'acte n'est clos et signé par le notaire que le jour de la dernière signature.

44. Il ne doit y avoir dans le corps de l'acte, dans les renvois ou sous-renvois, ni surcharge, ni interligne, ni mots ajoutés ; et les mots interlignés, surchargés ou ajoutés sont nuls. Les ratures sont faites de manière que les mots rayés ou raturés puissent être comptés.

[ARTICLE 1208.]

45. Les lignes allongées, apostilles et renvois ne peuvent être écrits qu'en marge ; ils sont signés des paraphes ou initiales des signataires de l'acte, à peine de nullité de tels renvois, apostilles et lignes allongées.

46. Néanmoins, si la longueur du renvoi exige qu'il soit fait, continué ou transporté à la fin de l'acte, il est pareillement signé des paraphes ou initiales des signataires, comme les renvois en marge, à peine de nullité de telle partie de renvoi ainsi transportée ou continuée ; il en est de même des sous-renvois au bas de l'acte et des autres renvois que l'étendue de la marge ne peut contenir et qui sont inscrits au bas de l'acte.

47. Il faut mentionner le nombre et l'approbation des renvois et sous-renvois en marge et au bas de l'acte, le nombre et la nullité des mots rayés ou raturés, et le nombre et l'approbation des lignes allongées.

48. Nonobstant les dispositions de l'article 1208 du code civil, la présence et la signature d'un second notaire ou d'un témoin, quand une ou toutes les parties à l'acte ne savent pas signer, ne sont pas requises pour compléter et rendre authentique un acte notarié, sauf les testaments.

49. Il est indifférent que la lecture de l'acte soit faite par le notaire ou par une autre personne, en présence du notaire. Cette disposition ne s'applique pas aux testaments.

50. L'acte notarié se clôt par les signatures des parties, du notaire assistant ou des témoins et par celle du notaire instrumentant.

51. Deux ou plusieurs notaires associés pour l'exercice de leur profession ne peuvent signer de leur raison sociale les actes ou contrats qu'ils reçoivent. Ils peuvent cependant se servir de la signature de la raison sociale pour les annonces, avis, requêtes et autres documents qui ne sont pas actes notariés.

52. Les procurations ou autres documents dont il y a minute, et en vertu desquels l'acte principal est reçu, étant suffisamment désignés, il n'est pas nécessaire de les y annexer.

Les procurations et autres documents en brevets ou sous seing-privé produits, doivent aussi être suffisamment désignés, puis annexés à la minute où à l'acte en brevet. Les documents sous seing-privé ainsi annexés, doivent être reconnus véritables et signés par les parties qui les produisent en présence des notaires et témoins qui les signent.

53. D'autres formalités pour les actes notariés sont prescrites dans les codes civil et de procédure civile, et elles doivent être suivies en autant qu'elles ne sont point contraires aux formalités énoncées dans le présent code.

54. Le tableau suivant indique les parties qui ont droit au choix du notaire instrumentant, en l'absence de conventions particulières entre elles.

DÉNOMINATION DES ACTES.	INDICATION DES PARTIES.
Acte de composition.	Le débiteur.
Bail ou louage.	Le bailleur ou locataire.
Contrat de mariage.	La future épouse.
Donation.	Le donateur.
Inventaire.	La personne tenue de faire l'inventaire.
Obligations, cautionnement, Titre-nouvel, constitution de rente et autres actes de cette espèce.	Le créancier,
Quittance lorsqu'elle ne contient pas d'obligation de la somme qui sert au paiement.	Le débiteur.
Quittance avec subrogation.	Le nouveau créancier.
Reddition de compte.	Le rendant compte.
Transports de rentes, créances, etc.	Le cessionnaire.

Si plusieurs personnes sont tenues de faire inventaire et ne s'accordent pas sur le choix du notaire, le juge, en chambre, fait ce choix sur requête d'une partie intéressée.

55. Toute partie à un acte peut y commettre un second

notaire, mais à ses frais, sauf le cas pourvu par l'article 1306 du code de procédure civile.

Des actes en minutes.— 56. L'acte en minute est celui qu'un notaire reçoit et qu'il garde dans son greffe pour en délivrer des copies ou extraits.

57. Les notaires doivent garder minutes de tous les actes qu'ils reçoivent, sauf ceux ci-après mentionnés qu'ils peuvent recevoir et délivrer en brevets, si les parties le demandent.

58. Les minutes sont numérotées consécutivement.

59. Les notaires doivent recevoir et inscrire leurs minutes séparément.

Néanmoins ils peuvent faire et porter au bas de l'acte principal, comme y étant relatif et devant en faire partie, toute quittance, ratification, signification ou autres instruments accessoires.

60. Les notaires ne doivent jamais supprimer, détruire ni altérer aucune minute une fois signée par eux, ni la remettre aux parties, ou à l'une d'elles.

S'il est nécessaire d'y faire des changements, les parties ne peuvent le faire que par un autre acte.

61. Les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune minute ou annexe, si ce n'est dans les cas prévus par la loi.

Avant de s'en dessaisir, ils en dressent et signent une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le juge siégeant, est substituée à la minute dont elle tient lieu jusqu'à sa réintégration.

Du remplacement des minutes adirées, détruites ou enlevées. — 62. Lorsque la minute d'un acte notarié a été perdue par cas imprévu, la copie d'une copie authentique de telle minute fait preuve du contenu de cette dernière, pourvu que cette copie soit attestée par le notaire ou autre officier public, entre les mains duquel la copie authentique a été déposée par autorité judiciaire, dans le but d'en donner des copies tel que réglé ci-après.

63. Le porteur de cette copie ou extrait authentique peut s'adresser par requête au tribunal ou à un juge pour qu'il lui

soit permis de déposer cette copie ou cet extrait chez le notaire que le tribunal ou le juge indique, pour y servir et être considéré comme minute dont les copies sont réputées authentiques.

64. La même demande peut être faite par toute partie pour obliger toute autre partie à un même acte et qui en est possesseur d'une copie authentique de la déposer, aux mêmes fins, et elle est tenue de se conformer à l'ordre du tribunal ou du juge à cet égard, à peine de tous dommages intérêts, le tout néanmoins aux frais et dépens de celui qui requiert ce dépôt et qui doit fournir à l'autre partie une copie certifiée de l'acte, et l'indemniser de ses frais de déplacement et de tous autres.

65. Cette requête doit être signifiée aux autres intéressés dénommé dans l'acte.

66. Sur preuve satisfaisante, le tribunal ou le juge ordonne que le document produit soit déposé au greffe du notaire où se trouvait la minute, ou si tel notaire est mort ou a cessé de pratiquer, alors au greffe où sont déposées les archives de ce notaire, et toute copie du document ainsi déposé fait foi de même que si le document déposé était la minute ou l'original.

Des compulsoires.— 67. Les notaires sont tenus de donner communication, expédition ou extrait de tout acte ou document formant partie de leur greffe, aux parties, leurs héritiers ou représentants légaux, sur paiement des honoraires et droits légitimes, sans ordonnance du juge.

68. Ils ne sont pas tenus de donner telle communication, expédition ou extrait aux étrangers, sans une ordonnance du juge, à moins que le document ne soit de sa nature, du nombre de ceux dont l'enregistrement est requis.

69. Au refus d'un notaire de donner communication, expédition ou extrait, tel que requis, la partie requérante peut s'adresser au juge par requête signifiée à tel notaire, pour obtenir une ordonnance ou compulsoire en justifiant de son droit ou de son intérêt.

70. Si la communication seulement est demandée l'ordon-

mance fixe le jour et l'heure à laquelle l'acte devra être donné en communication. S'il s'agit d'une expédition ou d'un extrait d'acte, l'ordonnance fixe le temps auquel ils doivent être fournis.

71. L'ordonnance du juge doit être signifiée au notaire avec un délai suffisant pour s'y conformer.

72. L'expédition, ou l'extrait, sont certifiés délivrés en vertu de l'ordonnance ou compulsoire rendu, et le notaire en fait mention au bas de la copie de l'ordonnance qui lui a été laissée.

73. A défaut par le notaire de se conformer au compulsoire ou ordonnance du juge, il est passible des dommages intérêts qui en résultent et de la contrainte par corps.

Des actes en brevet.— 74. L'acte en brevet est celui que le notaire délivre aux parties, en original, simple, double ou multiple.

75. Peuvent être reçus et délivrés en brevet, les déclarations, avis de conseil de famille, nominations et rapports d'experts, certificats de vie, procurations, autorisations, actes de notoriété, quittances de fermage, de loyer, de salaire, d'arrérages de pension et rente, et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet.

Des copies et extraits.— 76. Le droit de délivrer copie ou extrait d'un acte notarié n'appartient qu'au notaire ou protonotaire dépositaire de la minute.

77. Les copies sont la reproduction fidèle de la minute ou annexe, certifiées vraies copies de la minute ou annexe.

Il n'est pas nécessaire néanmoins d'y mentionner le nombre de renvois approuvés et de mots rayés sur la minute ou l'annexe.

78. Le notaire dépositaire d'un greffe doit, dans les copies et extraits d'actes qu'il délivre, mentionner la date de l'arrêté en conseil en vertu duquel tel greffe est passé en sa possession. (*Cédule n° 2.*)

79. Les extraits contiennent la date de l'acte, le lieu où il a été passé, la nature de l'acte, les nom et désignation des parties, le nom du notaire qui a reçu l'acte, et textuellement,

les clauses ou parties des clauses dont l'extrait est requis, et enfin le jour où l'extrait est expédié, dont mention doit être également faite sur la minute.

Voy. autorités sur art. 1210.

---

* *C. N.* 1317, } 1317. L'acte authentique est celui qui a été
" 1318. } reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

1318. L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

1209. Les notifications, protêts et significations, peuvent être faits par un seul notaire, soit que la partie au nom de laquelle ils sont faits l'ait ou non accompagné, ou ait ou non signé l'acte.

Ces instruments sont authentiques et font preuve de leur contenu jusqu'à ce qu'ils soient contredits ou désavoués.

Mais rien de ce qui est inséré dans un tel acte, comme étant la réponse de la personne à qui il est signifié, ne fait preuve contre elle, à moins qu'elle ne l'ait signé.

1209. Notifications, protests and services may be made by one notary, at the request of a party whether such party has or has not accompanied him or signed the act.

Such instruments are authentic and make proof of their contents until contradicted or disavowed.

But nothing inserted in any such instrument as the answer of the party upon whom the same is served is proof against him, unless it is signed by such party.

1210. L'acte authentique fait preuve complète entre les parties, leurs héritiers et représentants légaux :

1. De l'obligation qui y est exprimée :

2. De tout ce qui y est exprimé en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à telle obligation ou à l'objet qu'avaient en vue les parties en passant l'acte. L'énonciation étrangère à l'obligation ou à l'objet qu'avaient en vue les parties en passant l'acte ne peut servir que comme commencement de preuve.

1210. An authentic writing makes complete proof between the parties to it and their heirs and legal representatives :

1. Of the obligation expressed in it ;

2. Of what is expressed in it by way of recital, if the recital have a direct reference to the obligation or to the object of the parties in executing the instrument. If the recital be foreign to such obligation and to the object of the parties in executing the instrument, it can serve only as a commencement of proof.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*) *Oblig.*, *n°* 734 *et s.* } 734. Un acte authentique original fait pleine foi par lui-même de ce qui est contenu dans cet acte.

Néanmoins lorsque cet acte est produit hors de la juridiction de l'officier public qui l'a reçu, il est d'usage de faire constater la signature de cet officier par un acte de légalisation qui se met au bas.

Cette légalisation est une attestation donnée par le juge royal du lieu, par laquelle ce juge certifie que l'officier qui a reçu et signé l'acte, est effectivement officier public, notaire, etc.

La signature de l'officier public qui a reçu l'acte, donne une pleine foi à tout ce que l'acte renferme, et aux signatures

des parties qui l'ont souscrit, qu'il n'est point nécessaire par conséquent de faire reconnaître.

Néanmoins les actes authentiques peuvent être attaqués de faux : mais jusqu'à ce que l'accusation de faux ait été jugée, et qu'ils aient été jugés tels, ils font foi par provision ; et le juge doit ordonner l'exécution provisoire de ce qu'ils renferment. C'est ce qui est décidé par la loi 2, Cod. *ad.* L. *Corn. de Fals.*

Cette décision est très sage. Le crime ne se présume pas ; et il serait très dangereux qu'il fût au pouvoir des débiteurs d'arrêter pendant longtemps le paiement des dettes légitimes par des accusations de faux.

C'est en conséquence de ce principe que Dumoulin, *in Cons. Par.* § 1, gl. 4, nº 41, décide qu'un port de foi produit par le vassal, quoique argué de faux par le seigneur, doit procurer la mainlevée par provision de la saisie féodale.

735. Les actes authentiques font foi principalement contre les personnes qui étaient parties, leurs héritiers et ceux qui sont en leurs droits : ils font pleine foi contre ces personnes de tout le dispositif de l'acte, c'est-à-dire, de ce que les parties ont eu en vue, et qui a fait l'objet de l'acte.

736. Ils font pleine foi de ce qui serait exprimé en termes énonciatifs, lorsque les énonciations ont un trait à la disposition ; Molin.. *in cons. par.*, § 8, gl. 1, nº 10.

Par exemple, si quelqu'un, par acte, passe reconnaissance d'une rente en ces termes : *Reconnaît qu'une telle maison par lui possédée est chargée envers Robert, présent, de tant de rente par chacun an, dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour, et en conséquence s'oblige de la lui continuer ;* ces termes *dont les arrérages ont été payés*, quoiqu'ils ne soient qu'énonciatifs, et qu'ils ne soit pas exprimé que Robert reconnaît les avoir reçus, font néanmoins foi du paiement contre Robert, partie à l'acte ; parce qu'ils ont un trait au dispositif de l'acte, et qu'il devait être question dans l'acte de ce qui était effectivement dû des arrérages de cette rente.

737. A l'égard des énonciations qui se trouvent dans l'acte,

lesquelles sont absolument étrangères au dispositif de l'acte elles peuvent bien faire quelque demi-preuve ; mais elles ne font point une preuve entière, même contre les personnes qui ont été parties à l'acte ; Molin., *ibid.*

Par exemple, si, dans le contrat de vente d'un héritage que Pierre m'a faite, il est énoncé " que cet héritage lui vient de la succession de Jacques " ; un tiers qui, comme héritier en partie de Jacques, aura donné contre moi la demande en revendication de sa portion en cet héritage, ne pourra pas, pour fonder sa demande, prouver par cette seule énonciation qui se trouve en mon contrat, que cet héritage était effectivement de la succession de Jacques, quoique je sois partie en l'acte où se trouve cette énonciation ; parce qu'elle est absolument étrangère à la disposition de l'acte, et que je n'avais pour lors aucun intérêt de m'opposer à cette énonciation (1).

(1) *V.* art, 1320, C. civ.

Art. 1320 : " L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait for " entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énon- " ciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition " Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un " commencement de preuve."

Voici comment s'exprime Dumoulin :

" Et adverte, aut quæritur,quoad veritatem seu probationem rei gestæ " sive actus et facti in eo consenti : et plenam fidem facit quoad omnes " nedum inter patronum et clientem, et eorum hæredes vel causam ha- " bentes, sed etiam contrà quoscumque extraneos : quoniam acta vel " quæcumque scripta publica probant seipsa, id est rei taliter gestæ " fidem faciunt inter quoscumque.

" Quod ego intelligo et limito esse verum, ad limites et substantiam " facti, tempore instrumenti gesti, et in ejus tenore contenti et affirmati " secus quoad facta vel circumstantias quæ tunc non fiunt nec disponun " tur, sed tantum recitantur : ut si instrumentum contineat talem pro- " curatorem patroni, investivisse clientem de tali feudo antiquo. Si tale " instrumentum sit publicum, probat quoad omnes ipsum factum inves- " tituræ, et quod investitor dicebat se procuratorem, et quod uterque " dicebat feudum esse antiquum sed non probat qualitatem procuratoris, " et antiquitatis feudi, nisi inter quos confectum est instrumentum : et " hoc etiam non esset probare nudum factum sed effectum."

" Aut quæritur quoad jus et effectum actus gesti, et tunc aut inter

[ARTICLE 1210.]

738. L'acte prouve contre un tiers *rem ipsam*, c'est-à-dire, que la convention qu'il renferme est intervenue, Molin., *ibid.*, nº 8.

Par exemple, l'acte qui renferme le contrat de vente d'un

" quos confectum est, eorum hæredes vel causam habentes, in quantum " causam habent, aut inter penitùs extraneos.

" In primo membro plenè probat, et præjudicat, nedum in tenore et " dispositivis instrumenti, sed etiam in enuntiativis, et quoad omnem " solemnitatem et præsumptionem resultantem ex instrumento, et con- " tentis in eo, et quoad omnem suam virtutem et efficaciam : in quantum " tamen respicit vires et effectum actus principalis gesti. Secùs si de " enunciativis et præsumptionibus instrumenti, per se principaliter, " seorsum à principali actu disputaretur ; tunc enim tale instrumentum " non facit plenam fidem, sed solam præsumptionem, vel semiplenam pro- " bationem, etiam inter easdem partes. Secundo membro videlicet inter " extraneos. Et illis non præjudicat, quia res inter alios acta non nocet, " nec obligat, nec facit jus inter alios. Quod limito nisi in quantum ex " dispositione juris actus gestus eis præjudicaret, puta quoad acquisitio- " nem tituli et conditionis usucapiendi, vel præscribendi, nec non bonæ " fidei fructuumque lucrandorum, quia quod ad hæc et alia, hujusmodi, " instrumentum extraneis præjudicat ex regulis vulgaribus eisdem nocere " acta vel instrumenta actui, quibus et quatenùs actus ipse noceret sive " in judicialibus, sive in extrajudiciariis : et ità exponenda sunt dicta " doctorum ubicumque perfectoriè et crassè (ut plerumque solent) loquen- " do dicunt instrumentum publicum inter extraneos non probare, quia " ibi verbum probare, per *catachrèsin* sive impropriè pro jus efficere, sive " præjudicare accipitur, cæterum verè et propriè loquendo, publicum " instrumentum ergà omnes est æquè publicum et probare, ut dictum est."

Pothier, par ces dernières expressions : *Je n'avais pour lors aucun intérêt de m'opposer à cette énonciation,* nous indique très bien le caractère auquel on reconnaîtra si l'énonciation avait ou non *un rapport direct à la disposition.*

Si l'autre partie avait intérêt né et actuel à contredire l'énonciation et qu'elle ait gardé le silence, elle est réputée avoir acquiescé : on lui applique cet adage vulgaire : *Qui tacet consentire videtur ;* oui, qui ne dit rien consent, lorsqu'il avait intérêt à parler : et la loi ne peut admettre que cette énonciation, directement contraire à notre intérêt actuel, aura été insérée dans l'acte, que lecture en aura été faite sans que nous y ayons donné aucune attention.

Mais il en serait autrement, si l'intérêt contraire à l'énonciation n'existait pas encore lors de l'acte. (BUGNET).

héritage, prouve même contre un tiers, qu'il y a eu effectivement une vente de cet héritage, contractée dans le temps porté par l'acte. (1)

C'est pourquoi, si un seigneur de censive a eu un traité avec un receveur, qui s'est obligé de le faire payer de tous les profits seigneuriaux qui naîtraient pendant un certain temps dans sa censive, l'acte contenant le contrat de vente d'un héritage situé dans la censive, fait foi contre ce receveur, quoiqu'il n'ait pas été partie à l'acte, qu'il y a eu une vente de cet héritage, *probat rem ipsam;* et en conséquence le seigneur peut demander raison à ce receveur, du profit auquel cette vente a donné ouverture, dont le receveur a dû se faire payer.

Mais l'acte ne fait pas foi contre un tiers qui n'a pas été partie à l'acte, de ce qui y est énoncé ; Molin., *ibid.*, n° 10.

Par exemple, s'il est énoncé dans le contrat de vente, que la maison du vendeur a un droit de vue sur la maison voisine, cette énonciation ne fera aucune preuve contre le propriétaire de la maison voisine (2), qui est un tiers qui n'était point partie à l'acte.

739. Cette règle souffre exception ; car, *in antiquis*, *enuntiativa probant* même contre les tiers, lorsque ces énonciations sont soutenues de la longue possession ; Cravett., *de Antiq. temp.*, p. 1, cap. 4, n° 20.

Par exemple, quoique le long usage n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si ma maison a depuis très longtemps une vue sur la maison voisine, et que, dans les anciens contrats de l'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue ; ces anciens contrats soutenus de ma possession, feront foi du droit de vue, contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers, et

(1) Il fait foi de sa date même contre les tiers. (BUGNET).

(2) C'est-à-dire cette énonciation ou déclaration n'établit aucun droit, *non præjudicat, non jus efficit.* (BUGNET).

que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats (1).

Pareillement, dans nos coutumes qui n'admettent aucun franc-aleu sans titre, si, dans les anciens contrats d'acquisition que mes auteurs ont faite d'un héritage, il est déclaré en *franc-aleu*, cette énonciation fera foi contre le seigneur dans l'enclave duquel il se trouve, si ce seigneur n'en a point été reconnu.

740. De ce que les actes authentiques prouvent *rem ipsam* contre les tiers, en doit-on conclure que l'inventaire des titres d'une succession, fait par devant notaires, dans lequel il est dit " qu'il s'est trouvé un brevet d'obligation d'une certaine somme subie par un tel, pour cause de prêt, en tel temps et devant tel notaire," fait foi de la dette contre le débiteur qui est un tiers, et qui n'était pas présent à l'inventaire, sans qu'il soit besoin de rapporter le brevet d'obligation ?

Non ; car de ce que l'inventaire prouve *rem ipsam*, il s'ensuit seulement qu'il s'est trouvé un brevet d'obligation ; mais il ne s'ensuit pas que la dette soit due, parce que le défaut de représentation du brevet d'obligation fait présumer ou qu'il y a quelque vice ou défaut dans ce brevet qu'on ne représente pas, qui empêche qu'il ne puisse faire foi de la dette ; ou que, depuis l'inventaire, il a été rendu au débiteur, lors du paiement qu'il a fait du contenu en l'obligation.

Néanmoins, s'il était constant que, depuis l'inventaire, il est arrivé un incendie de la maison où étaient les titres, qui les aurait consumés, la mention du brevet d'obligation portée par l'inventaire, pourrait faire foi de la dette, comme paraît le supposer la Loi 57, ff. *de Adm. tut.:* ce qui pourrait avoir lieu dans le cas auquel le débiteur n'alléguerait pas l'avoir payée, ou peut-être dans le cas auquel le terme de paiement porté dans l'énoncé de l'obligation n'étant pas encore échu,

(1) La maxime citée par Pothier n'est point reproduite par le Code, et s'il s'agit d'une servitude non susceptible de s'établir par prescription, nous ne pensons pas qu'on puisse admettre la décision de Pothier : tous ces actes sont *res inter alios acta.* (BUGNET).

la présomption serait que la dette n'a pas été acquittée. Tout cela dépend beaucoup des circonstances, et est laissé à la prudence du juge.

---

* *C. N.* 1319, } 1319. L'acte authentique fait pleine foi de la
" 1320. } convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant cause.

Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; et en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

1320. L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve."

1211. L'acte authentique peut être contredit et mis au néant comme faux, en tout ou en partie, sur inscription de faux, en la manière prescrite au Code de Procédure Civile et non autrement.

1211. An authentic writing may be contradicted and set aside as false in whole or in part, upon an improbation in the manner provided in the Code of Civil Procedure and in no other manner.

Voy. autorités sur arts. 1208-1210.

---

3 *Revue Légale*, *p.* 445, *Doyon vs.* } Il n'est pas besoin d'une
Doyon, *Québec*, 30 *déc.* 1871. } inscription en faux pour faire admettre la preuve que des deniers, dont le reçu est

constaté dans un acte de vente, n'ont jamais été payés. Meredith, Stuart et Taschereau, J. J.

1212. Les contre-lettres n'ont leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne font point preuve contre les tiers.	1212. Counter-letters have effect between the parties to them only ; they do not make proof against third persons.

---

* *ff. De Pactis*, *Liv.* 2, *Tit.* 14, *L.* 27, § 5. } § 5. Si cùm decem mihi deberes, pepigero, *ne à te viginti petam ;* in decem prodesse tibi pacti conventi vel doli exceptionem placet. Item, si cùm viginti deberes, pepigerim, *ne decem petam*, efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantùm reliqua decem exigere debeam. (Paulus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 5. Vous me devez dix, et je m'oblige à ne pas vous demander vingt ; si je vous demande les dix que vous me devez, vous pouvez m'opposer une exception tirée de ma convention ou de ma mauvaise foi. Si au contraire vous me devez vingt, et que je m'oblige à ne pas vous demander dix, l'exception que vous pourrez m'opposer fera que je ne pourrai exiger que les dix restants. (Paul).

---

* *Cod. Plus valere quod agitur*, *Liv.* 4, *Tit.* 22, *L.* 2. } 2. Acta simulata, velut non ipse, sed ejus uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt. Quæstio itaque facti per judicem vel præsidem provinciæ examinabitur.

Datum 10 calend. maii, CC. Coss. (Diocletianus et Maximianus).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } 2. Des actes simulés par lesquels il apparaîtrait que l'achat a été fait par la femme et non par son mari, ne peuvent porter atteinte

à la vérité. C'est pourquoi cette question de fait sera examinée par le juge ou le président de la province.

Fait le 10 des cal. de mai, les Césars consuls. (DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 3, *Tit.* 6, *sec.* 2, *nos* 13 *et* 15. } 13. Si une même personne se sert de deux actes ou titres écrits l'un contraire à l'autre, ils se détruiront réciproquement, par les conséquences opposées, qui se tireront également de l'un et de l'autre.

Ce serait faire une fausse application de la loi, que de l'appliquer au cas où il s'agit de l'intérêt de tierces-personnes, de créanciers légitimes qu'on a trompés à leur insu par la contre-lettre dans laquelle ils ne sont point parties, et que le vendeur, d'intelligence avec l'acquéreur, a voulu priver d'une partie de leur gage ; ce serait autoriser le dol contre les créanciers, et les rendre victimes d'une fraude et d'une simulation qu'ils n'ont pu empêcher, si on annulait à leur égard le titre qui le constate.

Une contre-lettre, représentée par le véritable propriétaire, ne peut préjudicier aux droits des créanciers hypothécaires, qui ont contracté avec un acquéreur, propriétaire apparent. La simulation étant l'ouvrage commun des parties, elle ne peut exercer son influence qu'entre elles ; ainsi, le véritable propriétaire pourra forcer l'acquéreur à lui remettre l'immeuble ; il lui suffira, pour parvenir à ce résultat, de représenter la contre-lettre. Mais cette même simulation ne pouvant pas nuire aux tiers qui ont contracté avec l'acquéreur, propriétaire apparent, sur la vue d'un acte régulier, *la contre-lettre ne pourra leur être opposée*, et dès lors les créanciers hypothécaires de cet acquéreur *auront le droit de faire vendre l'immeuble*, et d'en toucher le prix malgré les réclamations du véritable propriétaire. Pourquoi ce dernier a-t-il donné sa confiance à une personne qui ne la méritait pas, et qui a aliéné à son profit un bien dont elle n'était, en quelque sorte, que dépositaire ? On conçoit d'ailleurs que tout le système hypothécaire serait détruit, si l'on pouvait accueillir une autre opinion ; toutes les transactions sociales se trouveraient arrêtées au moment où les prêteurs verraient s'évanouir la garantie la plus forte que la loi puisse leur accorder.

Une contre-lettre portant qu'une vente n'est pas réelle, est sans effet à l'égard des tiers. L'acquéreur qui a donné la contre-lettre peut transmettre la propriété à un tiers de bonne foi.

15. La règle expliquée dans l'article précédent ne doit pas s'entendre indistinctement de toutes sortes de contre-lettres ; mais elle est bornée à celles qui peuvent avoir leur effet entre les contractants, sans blesser l'intérêt d'aucune autre tierce personne. Et les contre-lettres et tous les actes secrets, qui dérogent aux contrats, ou qui y apportent quelque changement, n'ont aucun effet à l'égard des personnes tierces dont l'intérêt y serait blessé. Ainsi, par exemple, si un père mariant son fils lui donnait en faveur de ce mariage, ou une somme d'argent, ou une terre, ou une charge, prenant de lui une contre-lettre que le don ne vaudrait que pour une moindre somme, ou que le fils rendrait sur la terre, ou sur la charge quelque somme dont ils seraient convenus entre eux ; cette contre-lettre n'aurait aucun effet à l'égard de la femme, et des enfants qui naîtraient de ce mariage, ni des autres personnes tierces, qui pourraient s'y trouver intéressées, comme des créanciers de ce fils. Car cette convention serait une infidélité qui blesserait les bonnes mœurs, et la foi due, non-seulement à la femme et à ses parents, qui n'auraient pas consenti au mariage avec les conditions de cette contre-lettre, mais à toutes les personnes que cette fraude pourrait regarder. Et il est de l'intérêt public de réprimer le mauvais usage que peuvent faire les particuliers de la facilité qu'ils ont dans leurs familles, de colluder entre eux pour tromper par de pareils actes. (C. civ. 1396, s.)

Une contre-lettre dérogatoire au contrat de mariage est nulle, même à l'égard des contractants, si elle n'a été faite en présence et du consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage.

---

4 *Larombière, sur art.* 1321, *C. N.* } 1. Les parties peuvent très valablement, dans leurs rapports respectifs, modifier à leur gré, par des actes séparés et distincts, les conventions ou dispositions qu'elles ont arrêtées entre elles par des actes antérieurs. Ces actes, qui contiennent ainsi des

changements, des dérogations et des modifications par rapport aux autres, s'appellent contre-lettres.

Destinés le plus souvent à demeurer secrets, ils ont pour but et pour résultat de modifier plus ou moins profondément le caractère, le sens et les effets de l'acte apparent et primitif, en établissant entre eux et lui une contradiction, une opposition plus ou moins marquée. Quelquefois même ils en prononcent formellement l'annulation, et le déclarent expressément nul et non avenu. Tantôt la contre-lettre rétablit la vérité qui avait été dissimulée dans l'acte apparent ; tantôt, au contraire, elle contient elle-même un déguisement et une simulation.

2. La bonne foi et l'équité, qui sont l'âme des contrats, ne permettent point que de pareils actes puissent être opposés aux tiers, alors même que, comme contre-lettres, ils ne contiennent ni dol ni fraude caractérisés. Il suffit que les tiers aient acquis des droits sur la foi de l'acte primitif, le seul apparent, pour qu'ils soient maintenus en leur possession, quelles que soient même la sincérité et l'exactitude des faits sur lesquels sont fondées les dérogations et modifications postérieures. Autrement, si au milieu de la contradiction qui existe entre le témoignage public de l'acte originaire, et la pensée secrète révélée par la contre-lettre, cette dernière devait prévaloir, à l'égard et au préjudice des tiers, il n'y aurait pour eux aucune sécurité dans les contrats ; ils seraient victimes de surprises contre lesquelles ils sont hors d'état de se garantir.

Telles sont donc les dispositions de l'article 1321 : " Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effets contre les tiers."

3. Il importe peu que l'acte antérieur auquel elles apportent des dérogations et modifications, soit authentique ou sous seing privé. Leur inefficacité tient à leur caractère même, et non à la nature de l'acte qu'elles ont pour effet de modifier.

4. Il est également indifférent que les contre-lettres soient

établies par acte sous seing privé ou authentique. Elles présentent toujours les mêmes dangers envers le tiers.

Autrefois, cependant, on pouvait leur opposer la contre-lettre passée devant notaire, ou reconnue en justice, lorsque, dans l'un ou l'autre cas, elle avait été faite en même temps que l'acte auquel elle dérogeait. Le Code ne reproduisant point cette distinction introduite par notre ancienne jurisprudence, l'a par cela même repoussée.

5. Avant d'aller plus loin, nous devons faire remarquer que l'article 1321 serait tout aussi bien à sa place à la suite de l'article 1165. Car il traite de l'efficacité des conventions à l'égard des tiers. Nous rappellerons donc une dernière fois la distinction qu'il convient de faire entre la force probante des actes, et l'efficacité des conventions et dispositions qu'ils contiennent, à l'égard des tiers étrangers. Ainsi, la contre-lettre constatée par acte authentique ou par acte sous seing privé reconnu ou judiciairement tenu pour avéré, fait foi, non seulement entre les parties, mais encore envers les tiers, des dérogations et modifications qu'elle renferme. Mais quant à ses effets à leur égard, elle n'en produit aucun, ainsi que le déclare notre article.

6. Les articles 1395 et suivants, relatifs au contrat de mariage, contiennent une exception aux principes généraux, en ce que les contre-lettres qui n'ont pas été rédigées conformément à leurs prescriptions ne produisent aucun effet, n'engendrent aucun lien de droit, même entre les parties contractantes.

En voici les dispositions : " Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (1395).

" Les changements qui y seraient faits avant cette célébration, doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage (1396).

[ARTICLE 1212.]

" Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage ; et le notaire ne pourra, à peine de dommages et intérêts des parties, et sous plus grande peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre)1397)."

Ces dispositions sont fondées sur la nécessité de garantir l'immutabilité des conventions matrimoniales qui constituent un pacte de famille.

7. Dans un intérêt purement fiscal, en vue de prévenir autant que possible les fraudes qui peuvent se commettre au préjudice du trésor public, par la dissimulation d'une partie du prix dans les contrats de vente, la loi du 22 frimaire an VII, article 40, déclare nulles et de nul effet, toutes contre-lettres sous signature privée ayant pour objet de constater une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous signature privée précédemment enregistré. M. Merlin avait soutenu, dans le principe, que cette disposition était toujours en vigueur, qu'elle n'avait point été abrogée par l'art. 1321 du Code Napoléon ; et cette opinion avait été partagée par plusieurs jurisconsultes.

Aujourd'hui cette question d'abrogation ne se discute même plus. Il est reconnu en jurisprudence et en doctrine, que les contre-lettres ont force obligatoire entre les parties contractantes, alors même qu'elles ont pour résultat de favoriser certaines fraudes au préjudice du trésor public. Quelque soit l'intérêt de l'Etat à réprimer ces fraudes fiscales, il existe un intérêt plus élevé, plus profondément social, qui a déterminé le législateur à maintenir entre les contractants la loi du contrat établie par la contre-lettre. C'est que, avant tout, il doit protéger contre la cupidité et la mauvaise foi, dans un intérêt de haute moralité publique, les principes généraux de justice et de probité qui doivent présider à l'exécution des contrats. Si l'article 1321 dit que les contre lettres

ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, cette formule restrictive ne signifie pas qu'il y a certaines contre-lettres qui peuvent avoir quelque effet, et d'autres qui n'en produisent aucun. Elle signifie seulement, ainsi que l'expliquent les termes qui suivent, qu'elles n'ont point d'effet contre les tiers. Ajoutons que la discussion qui s'éleva au conseil d'Etat, sur la proposition qui y fut faite de proscrire absolument les contre-lettres, ne laisse subsister aucun doute sur l'intention du législateur d'abroger, par l'article 1321, l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII. Il ne reste plus aujourd'hui de cet article que la disposition qui soumet les contre-lettres, à titre d'amende, à la perception d'un triple droit d'enregistrement.

Il n'y a, enfin, aucune distinction à établir entre les matières civiles et les matières commerciales. Le principe, que les contre-lettres sont valables entre les parties contractantes, et qu'elles doivent recevoir, par rapport à elles, leur pleine et entière exécution, est également applicable aux matières de commerce, notamment aux traités de société commerciale, quand bien même ils auraient reçu la publicité légale déterminée par l'article 42, C. comm. Tel est le cas où il est établi que l'un des prétendus associés ne figure que nominalement dans la société qui a été formée en réalité avec une autre personne.

8. Il convient d'assimiler à une véritable contre-lettre, établie par acte authentique ou sous signature privée, les aveux, déclarations et reconnaissances purement verbales, émanées des parties contractantes, et contenant des dérogations et modifications à un acte antérieur. L'acte ne constitue, en effet, qu'un moyen particulier de preuve qui peut être suppléé par d'autres. De semblables aveux, déclarations et reconnaissances vaudront, ainsi, comme de véritables contre-lettres entre les contractants ; mais ils ne pourront être opposés aux tiers. Ajoutons qu'ils ont même un caractère plus sensible de clandestinité, puisqu'ils ne sont constatés

par aucun acte, et que c'est une raison de plus pour que, à l'égard des tiers, ils ne produisent aucun effet.

9. Il faut entendre ici par tiers, ceux qui n'ont point figuré à l'acte antérieur modifié ou détruit par la contre-lettre ; ceux, en un mot, qui n'y ont point été contractants. C'est ce qui résulte manifestement des termes de l'article 1321, et de la mise en opposition des tiers avec les parties contractantes. L'esprit de la loi fortifie lui-même cette interprétation ; car elle a pour but, en déclarant les contre-lettres sans effet envers les tiers, de les garantir contre les surprises et les fraudes que pourraient commettre à leur préjudice les parties contractantes, en modifiant ou en rapportant l'acte antérieur au moyen d'une contre-lettre tenue secrète.

La loi n'exige même pas que le tiers ait traité en vue et en connaissance des droits conférés par l'acte que la contre-lettre est destinée à modifier ou à rapporter.

Ainsi, les actes faits entre le débiteur et le propriétaire apparent d'une créance qui lui a été transmise par l'effet d'un transport ostensible, sont opposables au tiers qui se présente comme étant le véritable cessionnaire de la créance, en vertu d'une contre-lettre. Ce dernier ne peut s'en prévaloir contre le tiers débiteur, ni revenir par suite contre les actes faits avec le cessionnaire apparent qu'il prétend n'être que son mandataire.

En conséquence encore, l'acte ou le jugement qui attribue la propriété de la créance à un tiers sur le propriétaire apparent, est valable à l'égard de celui qui, en vertu d'une contre-lettre, même antérieure, se prétend réellement propriétaire de la créance et en réclame la propriété.

Le souscripteur d'un billet ne peut non plus opposer aux tiers qu'il s'est obligé fictivement et par complaisance.

Si un acte de vente contient quittance d'une partie du prix, le vendeur ne peut opposer aux créanciers de l'acquéreur, alors même qu'ils agissent comme ayants-cause de celui-ci, l'existence d'une contre-lettre énonçant que la somme quittancée n'a pas été réellement payée. Ainsi, le vendeur ne

peut refuser les offres par eux faites, si elles sont de toute la somme qui reste due après l'acte.

Il en serait de même si la contre-lettre portait augmentation du prix stipulé au contrat.

La contre-lettre portant qu'un acte d'aliénation n'est pas réel, et qu'il est simulé, ne peut non plus être opposée aux tiers à qui le propriétaire apparent a transmis la propriété ou tout autre droit réel, tel qu'une servitude, une hypothèque.

Il arrive souvent que, dans un acte de vente, on dissimule une partie du prix, ou que l'acquéreur y reçoive quittance pour la totalité ou pour portion seulement, le vendeur n'exigeant, dans ce cas, que la remise d'une contre-lettre ou de valeurs souscrites par son débiteur, jusqu'à concurrence de la somme dissimulée ou quittancée. Si l'acquéreur ne paye pas, le vendeur ne pourra pas poursuivre, au préjudice des tiers, la résolution de la vente. Par rapport à ceux-ci la contre-lettre ne vaut que comme simple rétrocession, de telle sorte qu'il y a nécessité de maintenir, à leur égard, la revente qui leur a été consentie, ou tous autres droits réels qui leur ont été concédés.

Si l'acte mentionne comme due une partie du prix seulement, bien qu'il soit dû pour la totalité ou pour une portion plus forte, les tiers intéressés à prévenir la résolution du contrat, à défaut de payement, sont recevables à offrir la portion du prix énoncée dans l'acte comme due, sans que le vendeur puisse leur opposer la contre-lettre.

Il s'ensuit encore qu'on ne peut opposer aux tiers de bonne foi une contre-lettre par laquelle il serait expressément établi que la mère n'a constitué ses biens dotaux en dot à l'un de ses enfants, que dans le but, d'accord avec le donataire, de déguiser, par fraude envers la loi, l'aliénation de ces biens frappés de dotalité. Nonobstant ces conventions particulières, les tiers conserveront sur eux tous leurs droits de propriété, d'hypothèque ou d'expropriation.

Et il en est de même alors que la simulation ne résulte que des explications des parties et des circonstances du fait.

Car elles équivalent à une contre-lettre faite avant ou après la donation, le contrat de mariage qui contient la libéralité ne présentant aucun indice de cette simulation frauduleuse.

Tel est enfin le cas où, par suite de la simulation d'une dette emportant contrainte par corps contre son mari, et de l'incarcération de ce dernier, une femme a obtenu l'autorisation d'engager ou d'aliéner ses biens dotaux. Soit que la preuve de cette fraude résulte de la production d'une contre-lettre, des circonstances de la cause ou des déclarations des parties, la femme ne pourra s'en prévaloir pour faire annuler envers les tiers qui ont contracté de bonne foi l'aliénation ou l'engagement de sa dot. Alors même qu'au lieu d'être complice de la fraude, elle en aurait été la victime, elle ne pourrait non plus en poursuivre l'annulation, parce que le dol pratiqué à son égard ne lui ouvre point d'action en nullité contre les tiers qui ont contracté de bonne foi, sans participer aux manœuvres frauduleuses. Le mari et son complice seraient seuls, dans ce cas, passibles de dommages et intérêts.

10. Comme la nullité des contre-lettres, à l'égard des tiers, n'est fondée que sur la nécessité de protéger leur ignorance et leur bonne foi contre les surprises, le dol et la fraude, les contre-lettres peuvent leur être opposées, lorsqu'il est clairement établi qu'ils ont contracté en connaissance de cause et de mauvaise foi. Ils ne sauraient en effet, dans ce cas, prétendre qu'elles leur causent préjudice, puisqu'ils ont volontairement et sciemment accepté la situation qui leur est faite. S'ils en éprouvent un dommage, ils n'ont qu'à se l'imputer à eux-mêmes.

11. Mais si les contre-lettres n'ont aucun effet à l'égard des tiers, ils peuvent néanmoins s'en prévaloir du chef des parties contractantes. Elles sont, en effet, obligatoires entre ces dernières, et doivent être exécutées envers elles comme tout autre engagement ordinaire.

Ainsi, le créancier du vendeur peut former saisie-arrêt entre les mains de l'acquéreur sur les sommes que ce dernier peut devoir, pour prix de vente, en vertu d'une contre-lettre.

Par exemple encore, si les parties étaient convenues, par une contre-lettre, que tel héritage, excepté de la vente dans le contrat ostensible, y est néanmoins compris, les tiers cré anciers hypothécaires seraient fondés à prétendre que leur hypothèques s'étendent également sur cet héritage.

12. Quant à sa forme, la contre-lettre est assujettie aux mêmes conditions que les autres actes. Les articles 1325 et 1326, concernant le *fait double* et le *bon* ou *approuvé*, lui sont applicables.

13. Du reste, il ne faut point assimiler à une véritable contre-lettre l'acte authentique ou sous sign ature privée par lequel les parties, sans fraude et de bonne foi, règlent l'exécution ou l'inaccomplissement d'une convention ou disposition antérieure. Tels sont les quittances, les règlements de compte, les résolutions amiables et volontaires pour inexécution des engagements ou pour toute autre cause; les rétrocessions consenties à la suite d'un acte translatif de propriété ; l'acte par lequel l'un des coobligés solidaires reconnaît que le montant intégral de la dette ne concerne que lui seul. De pareils actes ne font, en effet, que confirmer la sincérité du contrat originaire, et, bien qu'ils puissent être ignorés des tiers, ils leur sont néanmoins opposables, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que tout autre acte ordinaire.

On ne saurait non plus assimiler à une véritable contre-lettre les actes qui n'ont d'autre objet que d'assigner à l'acte principal une cause particulière, de l'existence de laquelle dépend son efficacité, alors même qu'une autre cause y aurait été énoncée, mais sans aucune espèce d'intention frauduleuse. Par exemple, une femme, mariée sous le régime dotal, déclare s'engager pour cause de prêt. Il est ensuite déclaré, prouvé ou reconnu que cet engagement a eu, en réalité, pour cause l'établissement de l'un de ses enfants. Les tiers envers lesquels elle s'est plus tard valablement obligée prétendraient vainement que ces déclarations, reconnaissance et preuve n'ont, à leur égard, aucune efficacité ;

que, par rapport à eux, la femme n'a point engagé ses biens dotaux ; que ces biens restent affectés au payement de leurs créances, à l'exclusion du créancier antérieur, parce que l'acte que ce dernier invoque ne justifiant point par lui-même de la réalité de sa cause et de sa validité, ils ont été induits en erreur à cet égard, et qu'ils seraient victimes d'une surprise, puisqu'ils n'ont contracté qu'en vue et dans la croyance de la nullité du premier engagement.

Ces objections ne sont que spécieuses. Il ne faut point, en effet, considérer comme constituant de véritables contre-lettres tous actes qui ne sont que le complément, le développement ou l'explication d'un acte antérieur, par cela seul qu'ils fournissent une exception ou des moyens de défense, jusque-là ignorés ou non prévus, contre une action en rescision ou en nullité. Une pareille interprétation de l'article 1321 renverserait les principes les plus élémentaires du droit. Vainement les tiers qui ont contracté postérieurement allèguent qu'ils ont pu être induits en erreur par l'énonciation, dans le premier acte, d'une cause qui n'en établissait pas la validité. Sur ce point, leur position leur est commune avec bien d'autres contractants. C'était à eux d'ailleurs à s'enquérir, à s'informer des véritables causes de l'engagement qu'on leur oppose, et de la situation de la femme avec laquelle ils ont contracté. S'ils ont pu croire qu'ils pourraient faire reconnaître à leur profit la nullité de cet engagement, ils ont dû, en même temps, s'attendre à ce que le premier créancier, par exemple, le cessionnaire de l'hypothèque ou des reprises dotales de la femme, ferait valoir, contre leur action en nullité, toutes exceptions et tous moyens de droit par lesquels il lui serait possible de justifier la légitimité et la validité de sa créance, à peu près comme fait un créancier dont le titre énonce une fausse cause, ou n'en mentionne aucune.

Il ne faut point non plus considérer comme constituant de véritables contre-lettres, les actes qui n'ont d'autre but que de rétablir la vérité d'une situation actuelle ou passée. Par

exemple, un père déclare vendre à son fils, marié en communauté, certains immeubles. Mais cette vente déguise une donation. L'acquéreur prétendu pourra prouver, à l'égard de sa femme, qu'en effet ils lui ont été donnés, et qu'ils lui sont conséquemment propres et non acquêts.

Que si, au contraire, la vente avait été faite par le beau-père à son gendre, qui plus tard aurait vendu les immeubles seul et sans le concours de sa femme, cette dernière ne serait point recevable à établir, à l'egard des acquéreurs, que la vente couvrait une donation qui lui était faite par interposition de personnes, et que, par suite, les biens lui étant propres n'ont pu être aliénés sans son consentement. Dans ce dernier cas, la preuve du déguisement constitue une véritable contre-lettre, parce qu'elle se réfère à des actes intervenus avec des tiers à une date postérieure ; dans le premier cas, au contraire, il n'y a point de contre-lettre, ni rien qui s'en rapproche dans le sens de notre article, parce que le déguisement et la simulation ne constituent, à l'égard de la femme, aucune occasion de fraude possible pour l'avenir, et ne touchent qu'à la situation qui lui est respectivement faite par son contrat de mariage. Cette distinction entre le passé et l'avenir, quant à la portée et l'intention de l'acte, est fondamentale en matière de contre-lettres. Aussi, disons-nous qu'elles ne sont destituées de tout effet à l'égard des tiers, qu'en ce qui concerne les actes ultérieurement passés avec eux. Les développements dans lesquels nous sommes entrés, expliquent sans doute suffisamment notre pensée à cet égard.

15. Il convient aussi de distinguer des contre-lettres proprement dites les actes qui n'ont d'autre objet que l'interprétation d'une clause obscure et ambigue. Les tiers ne seraient point fondés à prétendre que cette interprétation ne leur est point opposable, et à demander, en conséquence, que, par rapport à eux, l'acte en reçoive une nouvelle et entièrement différente.

---

* 8 *Toullier*, n°s 182-189. } 182. Les déclarations de command, qui, par leur nature, doivent être publiques, font preuve contre toutes personnes, même contre les tiers. Au contraire, les contre-lettres, destinées à demeurer secrètes, au moins pendant quelque temps, ne peuvent avoir leur effet *qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers* (1321).

On distinguait autrefois entre la contre-lettre sous seings privés, et la contre-lettre passée devant notaire, ou reconnue en justice, et dont il restait minute.

La première ne pouvait être opposée à des tiers ; il en était autrement de la seconde, lorsqu'elle avait été passée en même temps que l'acte auquel elle dérogeait ou qu'elle détruisait (*Voy.* le *Nouveau Denisart*, v° Contre-lettre, n° 2).

Le Code n'a point admis cette distinction : c'est dans le paragraphe qui traite du *titre authentique* qu'est placé l'art. 1321, où il est dit que les contre-lettres *n'ont point d'effet contre les tiers*. Cette disposition s'applique donc aux contre-lettres authentiques ou passées devant notaire, et dont il resterait minute, aussi bien qu'à celles qui sont faites sous seings privés. Les unes ne peuvent pas plus que les autres être opposées à des tiers.

Ainsi une contre-lettre portant qu'une vente n'est pas réelle, étant sans effet à l'égard des tiers, l'acquéreur qui a donné la contre-lettre peut valablement transmettre la propriété à un tiers de bonne foi (*Voy.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 18 décembre 1810, Sirey, tome 11, 1re part., page 83).

Ainsi encore, si j'ai eu l'imprudence de reconnaître, dans un acte de vente, que j'en ai reçu le prix comptant, quoique réellement je ne l'aie pas reçu, et que l'acquéreur ait reconnu ce fait par une contre-lettre dans laquelle il s'oblige de me payer, je ne pourrai plus, faute de paiement, faire résoudre le contrat au préjudice de la régie ni des créanciers de l'acquéreur, auxquels la contre-lettre ne peut être opposée. La résolution sera considérée comme une revente qui donnera ouverture à un nouveau droit de mutation, et qui ne purgera

point les hypothèques créées par l'acquéreur (*Voy.* un arrêt de la Cour de cassation du 11 juillet 1814, Sirey, 1815, page 248).

Ainsi, tout acte portant qu'une vente publique est feinte ou simulée, en un mot qu'elle n'est pas réelle, est considéré comme une contre-lettre qui ne peut être opposée à des tiers, quand même elle serait passée devant notaire, puisque à leur égard le Code ne donne pas plus de force aux contre-lettres notariées qu'aux autres.

189. Nous finissons en observant que les contre-lettres relatives aux contrats de mariage, en quelque forme qu'elles soient faites, quelques solennités qu'on puisse leur donner, n'ont aucun effet entre quelques personnes que ce soit, si elles sont postérieures à la célébration du mariage (1395).

Elles n'ont également aucun effet, même entre les parties contractantes, quoique faites avant la célébration du mariage, si elles sont sous seings privés.

Enfin, quoique passées devant notaires, et avant la célébration du mariage, elles ne sont pas valables, même entre les parties contractantes, " sans la présence et le *consentement* " *simultané* de toutes les personnes *qui ont été parties* dans le " contrat de mariage " (1396).

L'article 258 de la *Coutume de Paris*, lequel formait autrefois le droit commun de la France en cette partie, portait :

" Toutes contre-lettres faites à part et hors la présence des " *parents* qui ont *assisté* au contrat de mariage, sont nulles."

Ainsi, la présence des parents qui n'avaient assisté que par honneur ou par amitié au contrat, sans y figurer comme parties, sans s'obliger en aucune manière, était nécessaire pour la validité des contre-lettres ; car, quoique de nouvelles conventions de mariage ne soient pas vicieuses par cela même qu'elles ont été séparées du contrat et faites à l'insu des parents, néanmoins, cette affectation de les cacher fait présumer qu'elles ont été dictées par la passion, plutôt que par de justes motifs ; que les conjoints en ont honte, comme dit Pothier, préface du *Traité de la communauté*, nº 13, pages 11 et 12, édit. in-12.

Cet auteur pensait néanmoins qu'il ne fallait pas outrer la disposition qui exige, pour la validité de la contre-lettre, la présence *des parents* qui ont assisté au contrat, et que, si un seul de ces parents n'avait pas été présent à la contre-lettre, elle n'était pas nulle par ce seul défaut, si l'absent n'était qu'un parent éloigné, et surtout si les plus proches, ceux qui avaient le plus d'intérêt et d'autorité dans la rédaction des conditions du contrat de mariage, avaient assisté à la contre-lettre.

Le Code est allé plus loin : il n'exige plus que les parents, qui n'ont assisté au contrat de mariage que par honneur ou amitié, soient présents à la contre-lettre pour qu'elle soit valable ; mais il exige " la présence et le consentement *simul-* " *tané* de toutes les personnes (parentes ou étrangères) qui ont " été parties dans le contrat de mariage " (1396). Le concours *simultané de toutes les personnes* est nécessaire, quand même il s'agirait dans la contre-lettre de changer une clause qui ne paraît avoir aucun rapport avec les autres ; par exemple, l'une des donations faites par un donateur même étranger à la famille, parce qu'on suppose qu'il y a toujours corrélation et indivisibilité entre les clauses d'un contrat de mariage ; que celui qui a été partie au contrat ne se fût pas obligé, si telle autre clause, qu'on veut changer à son insu, n'y avait pas été insérée. Il faut donc, en cas de changement d'une seule des clauses, que toutes les parties y concourent. L'absence d'une seule d'entre elles vicierait la contre-lettre, et la frapperait d'une nullité absolue.

Bien plus, les changements et contre-lettres même revêtus des formes que nous venons d'expliquer, sont " sans effet à " l'*égard des tiers*, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute " du contrat de mariage, et le notaire ne pourra, à peine des " dommages-intérêts des parties, et sous plus grande peine, " s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat " de mariage, sans transcrire à la suite le changement de la " seconde contre-lettre " (1397).

Ainsi, par exemple, un donateur, parent ou étranger, s'est

obligé, par le contrat de mariage, de faire au futur époux une rente annuelle de 1,200 fr. ; mais, par une contre-lettre notariée, passée en présence de toutes les personnes qui ont été parties au contrat, la rente est réduite à 600 fr. Les créanciers du futur n'en pourront pas moins saisir et se faire payer la rente de 1,200 fr. en entier, si la contre-lettre n'a pas été rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage, ou si le notaire ne l'a pas transcrite à la suite de la grosse ou de l'expédition qu'il a délivrée. Nous renvoyons au titre 5 les autres questions qui peuvent s'élever à l'occasion des contre-lettres relatives à des contrats de mariage.

---

* 2 *Chardon, Traité du Dol*, n° 50. } 50. Il est cependant un cas où cette réclamation du contractant ne doit pas être écoutée ; c'est celui du contrat de mariage. Tout ce qui, par cet acte, est promis aux époux, doit leur être fourni, nonobstant toutes promesses contraires, que l'un d'eux et même tous deux auraient pu faire ; fût-ce par écrit dans une contre-lettre. *Art.* 1396 *du Code civil.*

L'intérêt public attaché à la prospérité des mariages, a de tout temps établi cette règle d'exception. La loi suppose avec raison que les promesses de réduction de dot ainsi surprises à l'impatience de jeunes personnes prêtes à s'unir, n'ont été que l'effet du dol et le prix du consentement donné.

---

* *C. N.* 1321. } Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont pas d'effet contre les tiers.

1213. Les actes récognitifs ne font point preuve du titre primordial, à moins que sa substance ne	1213. Acts of recognition do not make proof of the primordial title, unless the substance of the latter

soit spécialement relatée dans ces actes récognitifs.

Tout ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou qui en diffère, ne fait aucune preuve à l'encontre.

is specially set forth in the recognition.

Whatever the recognition contains over and above the primordial title, or different from it, does not make proof against it.

---

* *Novelle* 119, *ch.* 3. } Et hoc insuper jubemus : ut si quis in aliquo documento alterius faciat mentionem documenti : nullam ex hac memoria fieri exactionem, nisi aliud documentum cujus memoria in secundo facta est, proferatur : aut alia secundùm leges probatio exhibeatur : quia et quantitas cujus memoria facta est, pro veritate debetur : hoc enim etiam in veteribus legibus invenitur. (Imp. Justinianus Augustus Petro gloriosissimo Orientalium prætoriorum præfecto).

Ibidem. Trad. de M. Berenger. } Nous ordonnons en outre, que si, dans un acte, quelqu'un fait mention d'un autre acte, cette mention ne produise aucun effet, si l'acte que le second énonce n'est produit, ou si on ne prouve autrement, d'après les lois, que la quantité de la chose énoncée est véritablement due : ce qui est même ordonné ainsi par les lois anciennes. (L'empereur Justinien, Auguste, à Pierre, très glorieux préfet des préteurs d'Orient).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*os 776-9. } 776. Le *titre primordial*, suivant que le nom le fait entendre, est le premier titre qui a été passé entre les parties entre lesquelles une obligation a été contractée, et qui renferme cette obligation. Par exemple, le titre primordial d'une rente est le contrat par lequel elle a été constituée.

Les *titres récognitifs* sont ceux qui ont été passés depuis par les débiteurs, leurs héritiers ou successeurs.

777. Dumoulin (*Cons. par.*, § 8, gl. 1, nº 88) distingue deux espèces de titres *récognitifs* ou *reconnaissances* ; celles qui sont dans la forme qu'il appelle *ex certà scientiâ*, et celles qu'on appelle *in formâ communi.*

Les reconnaissances *ex certâ scientiâ*, qu'il appelle *in formâ speciali et dispositivâ* (nº 89) sont celles où la teneur du titre primordial est relatée.

Ces reconnaissances ont cela de particulier, qu'elles équipollent au titre primordial, au cas qu'il fût perdu, et en prouvent l'existence contre la personne reconnaissante, pourvu qu'elle ait la disposition de ses droits, et contre ses héritiers et successeurs ; elles dispensent par conséquent le créancier de rapporter le titre primordial dans le cas auquel il se trouverait perdu ; Molin., *ibid.*, nº 89.

Les reconnaissances *in formâ communi* sont celles où la teneur du titre primordial n'est point relatée.

Ces reconnaissances servent seulement à confirmer le titre primordial, et à interrompre la prescription : mais elles ne confirment le titre primordial qu'autant qu'il est vrai ; elles n'en prouvent point l'existence, et elles ne dispensent point le créancier de le rapporter ; *ibid.*

Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, dont quelqu'une fût ancienne, ou même une seule ancienne, et soutenue de la possession, elles pourraient équipoller au titre primordial, et dispenser le créancier de le rapporter ; ce qui a lieu surtout lorsque le titre primordial est très ancien ; *ibid.*, nº 90.

778. Les reconnaissances de l'une et de l'autre espèce ont cela de commun, qu'elles sont relatives au titre primordial ; que le reconnaissant, par ces reconnaissances, n'est censé vouloir contracter aucune nouvelle obligation, mais seulement reconnaître l'ancienne qui a été contractée par le titre primordial.

C'est pourquoi, si par la reconnaissance il s'est reconnu obligé à quelque chose de plus, ou de différent de ce qui est porté par le titre primordial, en rapportant le titre primordial,

et faisant connaître l'erreur qui s'est glissée dans la reconnaissance, il en sera déchargé.

Cette décision a lieu, quand même l'erreur se trouverait dans une longue suite de reconnaissances ; il en faudra toujours revenir au titre primordial lorsqu'il sera rapporté.

Hoc tantùm interest, dit Dumoulin (*ibid.*, n° 88), *inter confirmationem in formâ communi. et confirmationem ex certâ scientiâ, quòd illa* (*in formâ communi*), *tanquam conditionalis et præsuppositiva, non probat confirmatum ; hoc* (*ex certâ scientiâ*) *fidem de eo facit ; non tamen illud in aliquo auget vel extendit, sed ad illud commensuratur, et ad ejus fines et limites restringitur, etc.*

Et ailleurs (§ 18, gl. 1, n° 19) il dit en général des reconnaissances, que *non interponuntur animo faciendæ novæ obligationis, sed solùm animo recognoscendi ; undè simplex titulus novus non est dispositorius.*

779. Si les reconnaissants, au contraire, ont reconnu pour moins qu'il n'est porté par le titre primordial ; s'il y a plusieurs reconnaissances conformes, et qui remontent à trente ans, qui est le temps suffisant pour opérer la prescription ; ou à quarante ans, lorsque le créancier est privilégié ; le créancier, en rapportant le titre primordial, ne pourra pas prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus.

---

* *C. N.* 1337. } Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée.

Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet.

Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

1214. L'acte de ratification ou confirmation d'une obligation annulable ne fait aucune preuve, à moins qu'il n'exprime la substance de l'obligation, la cause d'annulation et l'intention de la couvrir.

1214. The act of ratification or confirmation of an obligation which is voidable does not make proof unless it expresses the substance of the obligation, the cause of its being voidable and the intention to cover the nullity.

---

* *C. N.* 1338. } L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers.

---

§ 2. *Des copies des titres.*

1215. Les copies des actes notariés, certifiés vraies copies de la minute par le notaire ou autre officier public dépositaire légal de telle minute, sont

§ 2. *Of copies of authentic writings.*

1215. Copies of notarial instruments, certified to be true copies of the original, by the notary or other public officer, who has the legal custody of such ori-

authentiques et font preuve de ce qui est contenu dans la minute.	ginal, are authentic and make proof of what is contained in the original.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 765, 774 *et s.* } 765. C'est une règle commune à toutes les copies, que, lorsque le titre original subsiste, elles ne font foi que de ce qui se trouve dans le titre original ; les notaires ne devant, même sous prétexte d'interprétation, rien ajouter dans les grosses et expéditions, à ce qui est contenu dans la minute originale.

C'est pourquoi il ne peut guère y avoir de question sur la foi que méritent les copies, lorsque le titre original subsiste ; car, si on doute de ce qu'elles contiennent, on peut avoir recours au titre original.

Il peut y avoir plus de difficulté, lorsque le titre original est perdu, pour savoir quelle foi peuvent faire en ce cas les copies.

774. Les copies qui ne sont pas tirées par une personne publique, sont celles qu'on appelle *absolument informes ;* elles ne font aucune preuve, quoique anciennes ; elles ne peuvent tout au plus que former quelque indice très léger.

Néanmoins, si quelqu'un avait produit cette copie informe pour en tirer quelque indice, l'autre partie pourrait s'en servir contre lui ; et elle ferait foi contre lui, parce qu'en la produisant lui-même, il est censé en avoir reconnu la vérité ; car on ne doit produire que des pièces qu'on croit vraies.

Lorsqu'une copie a été tirée, à la vérité, par une personne publique, comme est un notaire, mais qui ne s'est point fait assister de témoins ou d'un autre notaire, elle ne passe point pour être tirée par une personne publique, et elle est aussi absolument informe que si elle eût été tirée par un particulier ; car une personne publique qui ne se comporte point en personne publique, n'est point réputée pour telle : *Persona publica*, dit Dumoulin, *agens contrà officium personæ publicæ, non est digna spectari ut persona publica.*

775. Il est évident que la copie tirée, non sur l'original, mais sur une précédente copie, quoique tirée *servato juris ordine*, ne peut faire que la même preuve qu'aurait pu faire la précédente copie sur laquelle elle a été tirée, et contre les personnes seulement contre lesquelles la précédente copie aurait pu faire preuve.

Quelquefois même, quoique cette seconde copie tirée sur une première, ait été tirée *servato juris ordine*, elle ne fait pas contre la même personne, la même preuve qu'aurait faite la précédente copie ; ce qui a lieu lorsque la personne à qui on l'oppose, n'avait pas les mêmes raisons de contester l'original, lorsqu'on a tiré avec elle la première copie, qu'elle a aujourd'hui de le contester à l'égard de celui qui a fait tirer la seconde.

Dumoulin, § 8, gl. 1, nº 34, apporte cet exemple :

Pierre, domestique d'un de mes parents dont je suis héritier, a fait, en vertu d'une ordonnance du juge, en la présence de mon procureur, tirer copie entière du testament de ce parent ; après quoi il s'est fait saisir par moi d'un legs de cent écus qui lui était fait par le testament.

Cette copie a été tirée sur l'original qui était déposé chez un notaire. Depuis survient Jacques, qui demande la délivrance d'un legs de dix mille écus porté par le même testament ; et comme l'original a été depuis égaré, il donne requête au juge pour en être tiré copie en ma présence, ou moi dûment appelé, sur celle qui en avait été tirée par Pierre.

Dumoulin dit que cette copie tirée par Jacques sur celle tirée par Pierre ne fait pas contre moi une preuve entière, telle que faisait en faveur de Pierre celle que Pierre a tirée sur l'original, parce que, dit-il *nova contradicendi causa subest.* J'ai aujourd'hui des raisons de contredire et de contester l'original, que je n'avais pas lorsque Pierre a fait tirer sa copie.

Le legs que Pierre me demandait était un legs modique de cent écus ; il ne valait pas la peine que je contestasse l'original du testament ; c'est pourquoi j'ai pu négliger les

moyens que j'avais alors de le contester. Mais aujourd'hui que Jacques me demande dix mille écus, j'ai un grand intérêt d'examiner si l'original du testament est en règle.

C'est pourquoi, de ce que j'ai bien voulu passer la copie de Pierre pour la copie d'un testament en règle, il ne s'ensuit pas que je doive reconnaître la même chose à l'égard de la copie de Jacques, tirée sur celle de Pierre.

---

* *S. R. B. C, ch.* 73, *s.* 31, § 8. } Toutes copies des minutes déposées comme susdit, certifiées comme telles, et signées par le protonotaire qui en a la garde, seront considérées comme authentiques, et feront foi de la même manière que les copies signées du notaire qui en a reçu les minutes. 13, 14 V. c. 39, s. 9.— 20 V. c. 44, s. 142.— *Et voir* 18 V. c. 165, s. 3, *quant à St. François.*

Voy. *Code du Notariat*, cité sur art. 1208.

---

* *C. N.* 1334. } Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

1216. Les extraits dûment certifiés et expédiés par les notaires ou par les protonotaires de la Cour supérieure des minutes d'actes authentiques dont ils sont légalement les dépositaires, sont authentiques et font preuve de leur contenu. pourvu que tels

1216. Extracts duly certified and delivered by notaries or by the prothonotaries of the Superior Court from the originals of authentic instruments lawfully in their custody are authentic and make proof of their contents; provided such extracts con-

extraits contiennent la date de l'acte, le lieu où il a été passé, la nature de l'acte, les nom et désignation des parties, le nom du notaire qui a reçu l'acte, et textuellement les clauses ou parties des clauses dont l'extrait est requis, et enfin le jour où l'extrait est expédié, dont mention doit être également faite sur la minute.

tain the date, place of execution and nature of the instrument, the names and description of the parties to it, the name of the notary before whom it was received, the clauses or parts of clauses extracted at full length, and that mention be made of the day on which the extract is delivered and be noted on the originals.

---

* *S. R. B. C., ch.* 73, *s.* 28. } 28. Les notaires, lorsqu'ils en sont requis, pourront délivrer des extraits, dûment certifiés par eux, de leurs minutes, et les protonotaires de la cour supérieure pourront délivrer des extraits des minutes dont ils auront la garde et possession légale,—et ces extraits seront authentiques, et feront foi de leur contenu jusqu'à inscription de faux ; ces extraits devront néanmoins contenir la date et la nature de l'acte, les noms, prénoms et qualités des parties, leur demeure, le lieu où l'acte a été passé, le nom du notaire qui l'a reçu, et textuellement les clauses ou parties de clauses qui seront requises et nécessaires à la personne qui demande tels extraits pour la connaissance et la conservation de ses droits, enfin le jour où tel extrait est délivré, dont mention sera faite sur la minute. 13, 14 V. c. 39, s. 10,—20 V. c. 44, s. 142.

Voy. *Code du Notariat*, cité sur art. 1208.

1217. Lorsque la minute d'un acte notarié a été perdue par cas imprévu, la copie d'une copie authentique de telle minute fait preuve du contenu de cette dernière, pourvu que cette copie soit attestée par le notaire ou autre officier public, entre les mains duquel la copie authentique a été déposée par autorité judiciaire, dans le but d'en donner des copies, tel que réglé par le Code de Procédure Civile.

1217. When the original of any notarial instrument has been lost by unforeseen accident, a copy of an authentic copy thereof makes proof of the contents of the original, provided that such copy be attested by the notary or other public officer with whom the authentic copy has been deposited by judicial authority for the purpose of granting copies thereof, as provided in the Code of Civil Procedure.

---

* 2 *Pothier (Bugnet)*, *Oblig.*, *n°* 766 *et s.* } 766. Celui qui veut avoir une copie de cette espèce, qui lui tienne lieu de l'original, donne sa requête au juge, au bas de laquelle le juge ordonne que copie sera tirée sur l'original d'un tel acte, en tel lieu, tel jour, à telle heure, et que les parties intéressées seront sommées de s'y trouver ; en conséquence de cette ordonnance, qu'il fait signifier aux parties, il les fait par le même acte sommer de se trouver aux lieu, jour et heure indiqués.

La copie qui, en conséquence, est tirée sur l'original par un officier public, soit en présence des parties, soit en leur absence, après qu'elles ont été, comme nous l'avons déjà dit, sommées de s'y trouver, est une copie qu'on appelle *copie en forme.*

Lorsque l'original, par la suite, est perdu, elle fait la même foi contre les parties qui y ont été présentes ou sommées de s'y trouver, et contre leurs héritiers ou successeurs,

que ferait l'original même ; Molin *in Cons. par.*, § 8, *gl.* 1, nº 37.

767. Observez que, lorsque ces copies sont encore nouvelles, l'énonciation qui y est faite de l'ordonnance du juge, et des assignations données aux parties pour se trouver au lieu et aux jour et heure auxquels se doit tirer la copie, n'est pas une preuve suffisante que ces formalités ont été observées.

C'est pourquoi, pour qu'à défaut de l'original, la copie fasse la preuve entière que l'original aurait faite, il faut que celui qui s'en sert, rapporte l'ordonnance du juge, et les assignations.

Mais lorsque ces copies sont anciennes, cette énonciation de l'observation des formalités, est une preuve suffisante qu'elles ont été observées, suivant cette règle. *Enuntiativa in antiquis probant ;* et il n'est nécessaire de rapporter ni l'ordonnance du juge, ni les assignations.

Pour qu'une copie soit réputée ancienne, à l'effet de dispenser du rapport des procédures qui y sont énoncées, il n'est pas nécessaire qu'elle ait une antiquité de trente ou quarante ans, telle que celle qui est requise pour suppléer ce qui manque aux actes pour faire une pleine foi, et dont nous parlerons *infrà*, nº 771. Il suffit qu'elle ait une antiquité de dix ans.

C'est sur ce principe qu'on juge qu'après dix ans, un adjudicataire par décret, dont l'adjudication est attaquée n'est pas obligé de rapporter les procédures sur lesquelles est intervenu le décret.

768. Ces copies en forme, qui, à l'égard des personnes qui y ont été présentes ou dûment appelées, font la même foi que l'original, n'ont à l'égard des autres personnes qui n'y ont été ni présentes, ni appelées, que l'effet que peuvent avoir celles faites sans partie présente ni appelée, dont nous parlerons *infrà*, § 3 ; Molin., *ibid.*, *eod.*, nº 37.

[ARTICLE 1218.]

* *Imbert, Prat. judiciaire, Liv. 1, ch. 47, nº 4, p. 321.* } Et iaçoit que selon droict l'on puisse faire faire un Vidimus ou copie d'un autre Vidimus, ou copie deuëment collationée à l'original, toutesfois selon nostre stile ce n'a point de lieu : ains faut tousjours prendre les pièces ou Vidimus des vrais et primitifs originaux. Mais neantmoins je penserois que si la partie affermoit par serment judiciairement avoir perdu l'original, ou ne l'avoir peu recouvrer, en ce cas l'on pourroït faire Vidimus d'un autre Vidimus ou copie auparavant collationnée deüement à l'original : et y adiousterait l'on foy.

Voy. *Code du Notariat*, cité sur art. 1208.

1218. La copie des actes notariés et extraits d'iceux, de tous actes authentiques judiciaires ou autres, des pièces déposées et de tous documents et autres écrits, même sous seing privé ou faits devant témoins, légalement enregistrés au long, lorsque telle copie est revêtue du certificat du régistrateur, est une preuve authentique de tel document si les originaux en sont détruits par le feu ou autre accident, ou sont autrement perdus.

1218. Copies of notarial instruments and of extracts therefrom, of all authentic documents, whether judicial or not, of papers of record, and of all documents and instruments in writing, even those under private signature, or executed before witnesses, lawfully registered at full length, when such copies bear the certificate of the registrar, are authentic evidence of such documents, if the originals have been destroyed by fire or other accident, or otherwise lost.

Voy. autorités sur art. 1208.

1219. Si dans les mêmes cas, le document originaire est en la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans la collusion de la partie qui l'invoque, et ne peut être produit, la copie certifiée comme en l'article qui précède fait preuve également.

1219. If in such cases the original document be in the possession of an adverse party, or of a third party, without collusion on the part of the person who relies upon it, and it cannot be produced, the copy certified as in the preceding article makes proof in like manner.

---

§ 3. *De certains écrits faits hors du Bas-Canada.*

1220. Le certificat du secrétaire d'un état étranger ou du gouvernement exécutif de cet état, et les documents originaux et les copies de documents ci-après énumérés, faits hors du Bas-Canada, font preuve *primâ facie* de leur contenu, sans qu'il soit nécessaire de prouver le sceau ou la signature apposée par l'officier à tel original ou copie, ou l'autorité de cet officier, savoir :

§ 1. Les copies de tous jugements ou autres procédures judiciaires de toute cour hors du Bas-Canada, revêtues du sceau de telle

§ 3. *Of certain writings executed out of Lower Canada.*

1220. The certificate of the secretary of any foreign state or of the executive government thereof, and the original documents and copies of documents hereinafter enumerated, executed out of Lower Canada, make *primâ facie* proof of the contents thereof without any evidence being necessary of the seal or signature affixed to such original or copy, or of the authority of the officer granting the same, namely:

§ 1. Exemplifications of any judgment or other judicial proceeding of any court out of Lower Canada, under the seal of such

cour ou de la signature de l'officier ayant la garde légale du dossier de tel jugement ou autre procédure judiciaire ;

§ 2. Les copies de tout testament fait hors du Bas-Canada, revêtues du sceau de la cour où l'original du testament est déposé, ou de la signature du juge ou autre officier ayant la garde légale de tel testament, et la vérification de ce testament sous le sceau de cette cour ;

§ 3. Les copies tirées sur une copie de testament et de sa vérification, certifiées par le protonotaire de toute cour dans le Bas-Canada, dans le bureau duquel la copie du testament et vérification a été déposée à la demande d'une partie intéressée, et par ordre d'un juge de cette cour, et cette vérification est aussi reçue comme preuve du décès du testateur ;

§ 4. Les certificats de mariage, de naissance, de baptême et de sépulture de personnes hors du Bas-Canada, sous la signature

court, or under the signature of the officer having the legal custody of the record of such judgment or other judicial proceeding ;

§ 2. Exemplifications of any will executed out of Lower Canada, under the seal of the court wherein the original will is of record, or under the signature of the judge or other officer having the legal custody of such will, and the probate of such will under the seal of the court ;

§ 3. Copies of the exemplifications of such will and of the probate thereof certified by the prothonotary of any court in Lower Canada, in whose office the exemplifications and probate have been recorded, at the instance of an interested party and by the order of a judge of such court ; such probate is also received as proof of the death of the testator ;

§ 4. Certificates of marriage, baptism or birth, and burial of persons out of Lower Canada, under the hand of the clergyman or

de l'ecclésiastique ou officier public qui a officié, et les extraits des registres de tel mariage, baptême ou naissance, et sépulture, certifiés par l'ecclésiastique ou officier public qui en est légalement le dépositaire ;

§ 5. Les copies délivrées par notaire de toute procuration faite hors du Bas-Canada, en présence d'un ou de plusieurs témoins et authentiquées par le maire du lieu ou autre officier public du pays d'où elles sont datées, et dont l'original a été déposé chez le notaire public dans le Bas-Canada qui en expédie telles copies ;

§ 6. La copie faite par un protonotaire ou par le greffier d'une Cour de Circuit dans le Bas-Canada, d'une procuration faite hors du Bas-Canada en présence d'un ou de plusieurs témoins, et authentiquée par le maire ou autre officier public du pays d'où elle est datée, telle copie étant prise dans une cause où l'original est produit par un témoin qui refuse de s'en dessaisir, et

public officer who officiated, and extracts from any register of such marriage, baptism or birth, and burial, certified by the clergyman or public officer having the legal custody thereof ;

§ 5. Notarial copies of any power of attorney executed out of Lower Canada, in the presence of one or more witnesses and authenticated before the mayor of the place or other public officer of the country where it bears date, the original whereof is deposited with the notary public in Lower Canada granting the copy.

§ 6. The copy taken by a prothonotary or a clerk of a Circuit Court in Lower Canada of any power of attorney executed out of Lower Canada in the presence of one or more witnesses and authenticated before any mayor or other public officer of the country where it bears date, such copy being taken in a cause wherein the original is produced by a witness who refuses to part

étant certifiée et produite dans cette même cause ;

L'original des procurations mentionnées dans les paragraphes cinq et six ci-dessus, est réputé dûment prouvé ; mais la vérité des copies, vérifications, certificats ou extraits mentionnés en cet article ainsi que des originaux eux-mêmes de telles procurations, peut être contestée, et la preuve peut en être exigée en la manière prescrite au Code de Procédure Civile.

with it, and being certified and deposited in the same cause ;

The original powers of attorney mentioned in the preceding paragraphs numbers five and six, are held to be duly proved ; but the truth of the exemplifications, probates, certificates or extracts, and the original powers of attorney mentioned in this article, may be denied and proof thereof be required in the manner provided in the Code of Civil Procedure.

---

* *S. R. B. C., ch.* 90, *sec.* 4. } 4. Dans toute poursuite intentée dans le Bas Canada sur un jugement ou décret obtenu dans le Haut Canada, dans une action dans laquelle la signification personnelle n'a pu se faire et dans laquelle il n'y a pas eu de défense de faite, toute défense qui aurait pu être faite à la première action pourra être faite à l'action sur tel jugement ou décret. *Ibid. s.* 4.

---

§ 1.

* *S. R. B. C., ch.* 90, *sec.* 5. } 5. Une expédition de tout jugement, décret ou autre procédure judiciaire dans une cour des possessions de Sa Majesté, ou de tout pays étranger, sous le sceau de la cour dans laquelle tel jugement a été recouvré, ou autre procédure judiciaire a été faite ou adoptée, ou sous la signature du protonotaire, greffier ou

gardien du dossier de tel jugement, décret ou autre procédure judiciaire, sera reçue chaque fois qu'elle sera offerte dans toute cour de justice du Bas Canada, comme preuve *primâ facie* de tel jugement, décret ou procédure, à moins qu'il n'y ait preuve au contraire. 16, V. c. 198, s. 1

---

§ 2.

* *S. R. B. C*, *ch.* 90, *sec.* 6. } 6. Une expédition de tout testament, exécutée dans les possessions de Sa Majesté ou dans un pays étranger, sous le sceau de la cour où est déposé le testament original, ou sous la signature du juge, *surrogate* ou greffier, de telle cour, ou gardien de tel testament, sera prise et reçue chaque fois qu'elle sera offerte dans une cour de justice du Bas Canada, comme preuve *primâ facie* de l'exécution de tel testament ;—et la vérification de tout tel testament, sous le sceau d'une cour quelconque de juridiction compétente, sera reçue comme preuve *primâ facie* du contenu d'icelui, et aussi de la mort du testateur, à moins qu'il ne soit fait preuve au contraire. *Ibid.* s. 2.

---

§ 3.

Voy. S. R. B. C. c90*ss.* 5 *et* 6, citées sur §§ 1 et 2 du présent art.

---

§ 4.

* *S. R. B. C.*, *ch.* 90, *sec.* 7. } 7. Un certificat du mariage de toute personne mariée, ou du baptême de toute personne baptisée, ou de la sépulture de toute personne inhumée en dehors des limites du Bas Canada, sous la signature du prêtre ou ministre, ou membre du clergé, qui a officié à tel mariage, baptême ou sépulture, ou de l'officier public devant lequel tel mariage a été contracté, ou un extrait de tout registre, tenu pour l'enregistrement de tous tels

mariages, baptêmes ou sépultures, certifié par le membre du clergé, le prêtre, le ministre ou l'officier public qui sera chargé par la loi de la garde du dit registre, chaque fois qu'ils seront offerts dans une cour de justice du Bas Canada, seront pris et reçus comme preuve *primâ facie* de leur contenu. *Ibid.* s. 3.

---

§ 5.

* *S. R. B. C., ch.* 90, *sec.* 8-9. } 8. Il ne sera pas nécessaire de prouver le sceau ou la signature ou l'autorisation d'aucun officier apposé à une expédition, vérification, certificat, ou extrait que les sections précédentes déclarent être une preuve *primâ facie* des faits y contenus, mais la production de tout tel document paraissant être scellé du sceau de tel officier et signé par lui sera une preuve *primâ facie* de tel sceau et signature, et de l'autorisation de l'officier qui paraîtra avoir scellé tel document ou l'avoir signé, 16 V. c. 198. s. 4.

9. Il sera loisible à toute partie intéressée dans tel testament, sur la production d'une expédition d'icelui et de la vérification d'icelui, s'il en est, à la cour supérieure pour le Bas Canada, ou à l'un des juges d'icelle, de requérir et faire faire l'enregistrement du dit testament dans le bureau du protonotaire de la dite cour dans tout district du Bas Canada ; et, lorsqu'il sera enregistré, une copie d'icelui, certifiée par le protonotaire de la dite cour, aura la même force et le même effet, et au même degré, que l'expédition produite comme susdit. *Ibid*, s. 5.

---

§ 6.

* *S. R. B. C., ch.* 90, *sec.* 12 *à* 18. } 12. Une copie notariée de toute procuration, censée être faite et passée hors du Bas Canada, en présence d'un témoin ou plus, et être authentiquée par ou devant un maire ou tout autre magistrat, un juge d'une cour de record, un consul britannique,

ou tout autre officier public du pays où elle est datée, et dont l'original est déposé, pour quelque objet que ce soit, dans l'étude d'un notaire public dans le Bas Canada, sera si elle est certifiée en la forme ordinaire par le notaire, dans l'étude duquel est déposé l'original, considérée et reçue par et devant toutes cours et ailleurs, dans le Bas Canada, comme preuve *primâ facie* de l'original et de sa due confection et passation ; et cette procuration sera prise et considérée comme authentique et dûment prouvée de la manière susdite, à moins que cette authenticité ne soit spécialement niée tel que ci-dessous mentionné. 22 V. (1858) c. 7, s. 1.

13. Il sera loisible à toute partie intéressée de nier l'authenticité de l'original de toute telle copie, en produisant, avec le plaidoyer par lequel elle nie cette authenticité, un affidavit mentionnant qu'elle a lieu de douter, et qu'elle ne croit pas que l'original en question ait été fait et passé ou attesté par les personne ou personnes, ni de la manière y mentionnées, et, de plus, en donnant caution, à la satisfaction d'un juge, pour tous les frais qu'entraînera l'exécution de toute commission, qui sera émise pour prouver l'authenticité de la dite procuration :

2. Il sera alors du devoir de la partie qui voudra faire usage de la dite copie, d'en prouver l'original de la manière voulue par la loi, et, à cette fin, le notaire auquel on aura confié tel original, le déposera, sur l'ordre d'un juge quelconque, dans la cour où la cause de son authenticité est contestée, en le détachant d'abord de la minute originale à laquelle il peut avoir été annexé, et en prenant aux frais de la partie une copie vraie et correcte, collationnée en due forme de loi, laquelle demeurera, pour le temps d'alors, de record par devers lui au lieu de l'original ;

3. Il sera du devoir de tous juges et cours d'accorder tel ordre, sur requête à cet effet ; et l'original pourra, sur ce, être annexé à toute commission qui sera émise pour en prouver l'authenticité. 22 V. (1858) c. 7, s. 2.

14. Si la dite procuration est dûment prouvée, tous les frais

de procédure encourus pour la prouver, seront accordés contre et payés par la partie qui en aura nié l'authenticité, quel que soit le jugement définitif dans la cause. *Ibid,* s. 3.

15. Dans le cas où une procuration censée être faite et passée hors du Bas Canada, en présence d'un témoin ou plus, et être authentiquée par ou devant un maire ou autre magistrat, un juge d'une cour de record, un consul britannique ou tout autre officier public du pays où elle est datée, a été produite par un témoin qui refuse de se départir de l'original, le protonotaire ou greffier de la cour dans laquelle la cause est pendante, prendra immédiatement une vraie et fidèle copie de telle procuration, aux frais et dépens de la partie ou des parties qui en feront la demande, et la certifiera et déposera dans la cause :

2. Telle copie ainsi certifiée et déposée sera considérée et reçue par et devant toutes cours et ailleurs dans le Bas Canada, comme preuve *primâ facie* de l'original et qu'elle a été dûment faite et passée ; et telle procuration sera prise et considérée comme authentique et dûment prouvée de la manière susdite, à moins que cette authenticité ne soit spécialement niée, tel que ci-dessous mentionnée. 22 V. (1859(c. 50, s. 4.

16. Toute partie intéressée pourra nier l'authenticité de l'original de toute telle copie, en produisant, avant la clôture de la preuve ou enquête de la partie ou des parties produisant telle copie, ou dans l'intérêt de laquelle ou desquelles icelle sera ou pourra être produite, un affidavit énonçant qu'elle a lieu de douter et qu'elle ne croit pas que l'original en question ait été fait et passé ou attesté par la personne ou les personnes ni de la manière y mentionnées, et en donnant caution, à la satisfaction d'un juge, pour tous les frais qu'entraînera l'exécution de toute commission qui sera émise pour prouver telle procuration :

2. Il sera alors du devoir de la partie qui voudra faire usage de la dite copie d'en prouver l'original de la manière voulue par la loi ; et à cette fin, la personne ayant la garde

de tel original, sera tenue, sur l'ordre d'un juge, de le déposer en cour dans la cause où son authenticité est contestée ; et elle recevra, en retour, du protonotaire ou du greffier d'icelle, aux frais de la partie qui contestera son authenticité, copie d'icelui certifiée comme susdit ;

3. Il sera du devoir de tous juges et cours d'accorder tel ordre sur requête, et l'original pourra, sur ce, être annexé à toute commission qui sera émise pour en prouver l'authenticité. 22 V. (1859) c. 50, s. 2.

17. Si la dite procuration est dûment prouvée, tous les frais de procédure encourus pour la prouver seront adjugés contre et payés par la partie qui en aura nié l'authenticité, quel que soit le jugement définitif dans la cause ; et en tous cas, lorsque la cause sera finalement décidée par un jugement en dernier ressort ou dont il n'y aura pas d'appel, ou lorsque le délai de l'appel sera expiré, il sera du devoir du protonotaire ou greffier de remettre la procuration originale à la partie qui l'aura déposée, ou à son représentant légal, en en prenant un reçu. *Ibid*, s. 3.

---

§ 4. *Des écritures privées.*

1221. L'acte qui n'est pas authentique à cause de quelque défaut de forme, ou de l'incompétence de l'officier qui le reçoit, sert comme un acte sous seing privé, s'il est signé par toutes les parties, sauf les dispositions contenues dans l'article 895.

§ 4. *Of private writings.*

1221. A writing which is not authentic by reason of any defect of form, or of the incompetency of the officer, avails as a private writing, if it have been signed by all the parties ; saving the provisions contained in article 895.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1217 et autorités sur art. 895.

[ARTICLE 1222.]

1222. Les écritures privées reconnues par celui à qui on les oppose, ou légalement tenues pour reconnues ou prouvées, font preuve entre ceux qui y sont parties, et entre leurs héritiers et représentants légaux, de même que des actes authentiques.

1222. Private writings acknowledged by the party against whom they are set up, or legally held to be acknowledged or proved, have the same effect in making proof between the parties thereto, and between their heirs and legal representatives, as authentic writings.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*os 742-3-7 *et s.* } 742. Les *actes sous signatures privées ordinaires* font la même foi contre ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers, ou successeurs, que les actes authentiques ; mais il y a cette différence entre ces actes et les actes authentiques, que ceux-ci ne sont sujets à aucune reconnaissance ; au lieu que le créancier ne peut, en vertu d'un acte sous signature privée, obtenir aucune condamnation contre celui qui l'a souscrit, ses héritiers ou successeurs, qu'il n'ait préalablement conclu à la reconnaissance de l'acte, et fait statuer sur cette reconnaissance ; *Voy.* l'édit de décembre 1684.

Il y a à cet égard une différence entre la personne qui a elle-même souscrit l'acte, et ses héritiers ou successeurs.

Ceux-ci assignés pour reconnaître la signature du défunt dont ils sont les héritiers, pouvant ne la pas connaître, ne sont point obligés de la reconnaître, ou de la dénier précisément ; et sur la déclaration qu'ils font qu'ils ne la connaissent pas, le juge ordonne la vérification : au lieu que la personne qui a elle-même souscrit l'acte, ne pouvant ignorer sa propre signature, doit la reconnaître ou la dénier précisément ; et faute par elle de la dénier, le juge prononce la reconnaissance de l'acte comme souscrit d'elle.

743. Dans les juridictions consulaires, lorsque le défendeur

disconvient de la vérité de la signature, les juges-consuls doivent renvoyer devant le juge ordinaire, pour y être procédé à la reconnaissance ; et, en attendant, la pièce sous signature privée ne fait aucune foi.

Mais il y a cela de particulier dans ces juridictions, que, tant que le défendeur n'a pas encore contesté la vérité de la signature, la pièce de la signature privée fait foi, et le demandeur peut, sans être tenu d'en faire prononcer au préalable la reconnaissance, obtenir en vertu de cette pièce un jugement de condamnation ; Déclaration du 15 mai 1703.

747. Lorsque quelqu'un se trouve et se reconnaît débiteur et dépositaire d'une certaine somme, suivant le bordereau des espèces joint à l'acte, c'est la somme que composent les espèces exprimées au bordereau, qui est la somme due, quoique celle exprimée par l'acte soit différente ; c'est, en ce cas, une erreur de calcul.

748. Les actes sous signature privée ne font pas foi contre celui qui les a souscrits, lorsqu'ils se trouvent en sa possession.

Par exemple, si on trouve sous le scellé de mes effets, un billet signé de moi, par lequel je reconnais vous devoir une somme de 1,000 livres, que vous m'avez prêtée, ce billet ne fera pas une preuve de la dette ; car ce billet étant en ma possession, la présomption est, ou que j'avais écrit ce billet dans l'espérance que vous me prêteriez cette somme, et que le prêt n'ayant pas été fait, le billet m'est demeuré ; ou que vous me l'avez effectivement prêtée, mais que l'ayant rendue, j'ai retiré mon billet.

Il en est de même des actes de libération, quoique plus favorables. Par exemple, si on a trouvé sous les scellés des effets de mon créancier, une quittance signée de lui d'une somme que je lui dois, elle ne fera pas foi du paiement ; car, la quittance étant en sa possession, on en conclura qu'il l'avait écrite d'avance, dans l'espérance que je viendrais le payer ; et que n'étant point venu, la quittance lui est demeurée.

749. Les actes sous signature privée, de même que les au-

thentiques, ne font pas foi contre les tiers, sinon que la chose contenue dans l'acte s'est effectivement passée ; *probant rem ipsam :* mais ils ont cela de moins que les actes authentiques, que ceux-ci ayant une date constante, par le témoignage de l'officier public qui a reçu l'acte, font foi contre les tiers que la chose contenue dans l'acte, s'est passée dans le temps porté par l'acte ; au lieu que les actes sous signature privée, étant sujets à être antidatés, ne font ordinairement foi contre les tiers, que la chose qu'ils renferment s'est passée, sinon du jour qu'ils sont rapportés et produits aux tiers.

C'est pourquoi si j'ai fait saisir réellement l'héritage de mon débiteur, et que le laboureur qui est dans cet héritage s'oppose à la saisie, et prétende que l'héritage lui appartient ; si, pour le prouver, il produit un acte sous signature privée, par lequel il est dit " que mon débiteur lui a vendu cet héritage ", et que cet acte ait une date antérieure, non-seulement à ma saisie réelle, mais même à ma créance, il n'obtiendra pas pour cela la mainlevée qu'il demande ; car cet acte étant sous signature privée, ne prouve point contre moi, qui suis un tiers, que la vente qu'il renferme s'est faite le jour porté par l'acte ; cet acte n'a de date que du jour qu'il est produit contre moi, et qu'il m'est présenté : et comme il ne m'est présenté qu'après la saisie réelle, il ne prouve pas que l'héritage lui ait été vendu, sinon depuis la saisie réelle, temps auquel il n'était plus au pouvoir de mon débiteur de le vendre au préjudice de ma saisie.

Si néanmoins l'acte sous signature privée avait une date constatée, *putà*, par le décès de quelqu'une des parties qui l'auraient souscrit, il ferait foi, même contre un tiers, que la chose contenue dans l'acte, s'était déjà passée au moins au temps de la mort de la partie qui l'a souscrit.

---

* *S. R. B. C., ch.* 83, *sec.* 86. } 86. Si dans une action sur lettre de change ou billet négociable, cédule, chèque, écrit ou promesse, ou autre acte ou marché par écrit

sous seing privé, le défendeur fait défaut, ou si pour toute autre raison le demandeur se trouve avoir droit de procéder *ex parte*, alors telle lettre de change ou billet, chèque, promesse, acte, ou marché, et toute signature et écriture sur iceux, seront présumés vrais sans en faire la preuve, et jugement pourra être rendu en conséquence :

2. Si dans toute telle action un défendeur nie sa signature, ou toute autre signature ou écriture sur telle lettre de change, billet ou écrit, cédule, chèque, promesse, acte ou marché sous seing privé ou la vérité de tel document ou de partie d'icelui, ou que le protêt, avis et signification d'icelui (si le demandeur allègue qu'il en a été fait) aient été régulièrement faits — que cette dénégation soit faite en plaidant la dénégation générale ou dans d'autres plaidoyers, tels document et signature seront néanmoins présumés vrais, et tel protêt, avis et signification seront considérés comme ayant été régulièrement faits, à moins qu'avec tel plaidoyer il ne soit produit un affidavit du dit défendeur ou de quelque personne agissant comme son agent ou commis et connaissant les faits en telle qualité, à l'effet que tel document ou certaine partie importante d'icelui n'est pas vrai, ou que sa signature ou celle de quelqu'autre personne apposée au dit document est contrefaite, ou que tel protêt, avis et signification n'ont pas été régulièrement faits et en quoi la prétendue irrégularité consiste ;

3. Mais rien de contenu dans cette section ne préjudiciera à tout recours en faux ou tout recours par requête civile après jugement, si telle signature est contrefaite. 20 V. c. 44, s. 87.

---

* *C. N.* 1322. } L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant cause, la même foi que l'acte authentique.

1223. Si la personne à laquelle on oppose un écrit d'une nature privée ne désavoue pas formellement son écriture ou sa signature, en la manière réglée par le Code de Procédure Civile, cet écrit est tenu pour reconnu. Ses héritiers ou représentants légaux sont obligés seulement de déclarer qu'ils ne connaissent pas son écriture ou sa signature.

1223. If the party against whom a private writing is set up do not formally deny his writing or signature in the manner provided in the Code of Civil Procedure, it is held to be acknowledged. His heirs or legal representatives are only obliged to declare that they do not know his writing or signature.

Voy. autorités, cités sur art. 1222.

---

* *C. N.* 1324. } Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayant cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

1224. Dans le cas où la partie dénie son écriture ou sa signature, ou dans le cas où ses héritiers et représentants légaux déclarent ne les point connaître, la vérification en est faite en la manière prescrite au Code de Procédure Civile.

1224. In the case of formal denial by a party of his writing or signature, or in the case of a declaration by his heirs or legal representatives that they do not know it, proof must be made in the manner provided in the Code of Civil Procedure.

Voy. *C. N.* 1324, cité sur art. 1223.

[ARTICLE 1225.]

1225. Les écritures privées n'ont de date contre les tiers que du jour où elles ont été enregistrées, ou du jour de la mort de l'une des parties ou de l'un des témoins qui les ont souscrites, ou du jour où leur substance est constatée dans un acte authentique.

La date peut néanmoins en être établie contre les tiers par une preuve légale.

1225. Private writings have no date against third persons but from the time of their registration, or from the death of one of the subscribing parties or witnesses, or from the day that the substance of the writing has been set forth in an authentic instrument.

The date may nevertheless be established against third persons by legal proof.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1222 et autorités sur art. 2136 et s.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 750. } 750. On appelle *archives publiques*, un dépôt de titres établis par autorité de justice : *Archivum*, dit Dumoulin, *est quod publicè auctoritate potestatem habentis erigitur.*

Ces dépôts n'étant établis que pour conserver de vrais titres, ils assurent la vérité de ceux qui en sont tirés : c'est pourquoi les actes sous signature privée, tirés des archives publiques, avec l'attestation du trésorier des archives qu'ils en ont été tirés, font foi, quoiqu'ils n'aient point été reconnus ; Molin., *in Cons. Par.*, § 8, gl. 1, n° 26.

---

* 5 *Marcadé, sur art.* 1328 *C. N.* } I.—Quoique nous ayons dit, avec l'article 1322, que les actes sous seing privé, une fois qu'ils sont reconnus ou tenus pour tels entre les parties, leurs héritiers et ayants cause, ont la même efficacité que les

actes authentiques, il y a cependant entre les deux classes d'actes cette différence que l'acte public donne la certitude légale de la vérité de sa date aussi bien que de tout le reste de son contenu, tandis que l'acte privé n'acquiert une date légalement certaine vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire des simples ayants cause, que du jour de son enregistrement, ou de la relation de sa substance dans un acte public, ou de la mort de l'un des signataires. Ainsi, quand on dit que l'acte privé fait la même foi que l'acte public, c'est à l'exception de la date quant aux ayants cause, laquelle n'est prouvée vis-à-vis d'eux que par l'une des trois circonstances sus-indiquées, et non par l'acte même.

On conçoit, en effet, qu'il eût été trop facile d'antidater un acte sous seing privé. Quand j'ai vendu à Pierre ma maison, en 1845, par acte public ou par acte privé enregistré, il ne me serait pas difficile de faire frauduleusement avec Paul, en 1846, un second acte de vente que nous daterions de 1844, et au moyen duquel celui-ci viendrait évincer le premier et véritable acquéreur. La loi devait donc prendre des précautions pour garantir contre la fraude les tiers intéressés, et ne donner à l'acte son effet vis-à-vis d'eux, qu'à compter du moment où son existence se trouve régulièrement constatée.

II.— C'est seulement vis-à-vis des tiers que l'acte privé ne fait pas foi de sa date par lui-même. Quant aux parties et à leurs successeurs généraux, l'acte fait foi de sa date jusqu'à ce que la fausseté en soit prouvée. Ainsi, une personne ne pourrait pas, parce qu'elle a été frappée d'incapacité (d'interdiction, par exemple), prétendre incertaine, quant à elle-même, la date de l'acte privé qu'elle a souscrit ; et les héritiers de l'incapable ou d'un mort civilement ne le pourraient pas davantage.

Il est très vrai que l'acte émané de celui qui a été interdit ou frappé de mort civile en 1845, et qui est daté de 1844, pourrait bien n'avoir été souscrit qu'en 1846, après l'interdiction ou la mort civile, et avoir été antidaté par l'inintelli-

gence de l'interdit ou la fraude du mort civilement. Mais ces cas exceptionnels ne rentrent ni dans le texte ni dans l'esprit de notre disposition. Notre article, par ses termes, n'embrasse pas ces cas (car l'héritier n'est pas un tiers par rapport à son auteur, et on ne peut pas être tiers par rapport à soi-même). Nous ajoutons qu'il ne devait pas les embrasser; car s'il était convenable d'exiger rigoureusement l'enregistrement ou son équivalent quand l'acte est opposé aux tiers qui ont traité avec les parties, on ne pouvait pas aller jusqu'à l'exiger également, alors qu'il ne s'agit de donner à l'acte son efficacité que contre la partie cocontractante ou ses héritiers. Dire à la partie avec laquelle je contracte que, si elle suit ma foi et ne fait pas enregistrer, elle s'expose à voir son droit demeurer non avenu vis-à-vis de ceux qui pourraient traiter plus tard avec moi, en ne conservant alors de recours que contre moi ou mes héritiers, c'était juste; mais lui dire que, dans tel cas donné, son droit serait ainsi brisé même vis-à-vis de mes propres héritiers ou de moi-même ; c'eût été jeter la perturbation partout et entraver, par la nécessité gênante de l'enregistrement, les actes quotidiens de la vie civile... L'absence de l'enregistrement (ou de son équivalent ne pourra donc être opposée que par les tiers, et non par les parties ou leurs héritiers, qui ne pourraient se refuser à l'exécution qu'en prouvant l'antidate.

III.—On comprend facilement, et nous avons déjà dit incidemment, que notre article entend par tiers tous ceux qui ont traité avec la personne de laquelle émane l'acte, c'est-à-dire ses ayants cause à titre particulier. Il est bien clair, en effet, qu'il ne s'agit pas ici des titres étrangers à cette personne et que n'intéresse pas l'acte par elle souscrit ; pour ceux-ci, il est bien indifférent que l'acte ait ou n'ait pas date certaine, puisque cet acte ne produit aucun effet ni pour ni contre eux; c'est quant à eux *res inter alios acta, quæ aliis non nocet nec prodest:* pour que je puisse me prévaloir du défaut de date certaine d'un acte, et même pour qu'il y ait lieu de se demander si je puis ou non m'en prévaloir, il est bien évident

qu'il faut que je sois de ceux contre lesquels cet acte peut produire son effet.

On ne conçoit donc pas comment Toullier a pu enseigner le contraire et surtout le soutenir opiniâtrement en face de la contradiction que souleva et devait soulever une telle hérésie (t. IX, nos 145 à 156, et dissertation à la fin du t. X).

Toullier prétend qu'il ne s'agit ici que de ceux qui sont tiers absolument parlant et complétement étrangers, des *penitùs extranei*, de ceux qui ne sont en rien les ayants cause de la personne dont l'acte émane. Ainsi, quand vous achetez la maison de Pierre en 1845, par acte notarié ou par acte privé enregistré, et que deux ou trois ans plus tard Paul vient se prétendre propriétaire de cette maison et veut vous évincer en vertu d'un acte de vente non enregistré qui porte la date de 1844, vous ne pourriez pas, suivant Toullier, opposer à cet acte le défaut de date certaine, parce que vous êtes ayant cause de Pierre et non pas un tiers *penitùs extraneus*.

Comme cette étrange doctrine signifiait, en définitive, que le défaut de date certaine ne pourrait être opposé que par ceux que la chose ne regardait pas et qui n'avaient aucun intérêt à l'opposer, Toullier, pour échapper à ce contre-bon sens, s'est imaginé de dire que les créanciers d'une personne ne sont pas ses ayants cause, mais des tiers ; qu'ils tiennent leur droit, non du débiteur, mais de la loi, et que ces créanciers constituent dès lors la classe de personnes ayant tout à la fois qualité et intérêt pour opposer le défaut de certitude de la date. Mais il est trop évident qu'un créancier n'est et ne peut être qu'un ayant cause de son débiteur ; et que si c'est la loi qui organise la règle qu'il doit suivre pour l'exercice de son droit sur les biens du débiteur, ce droit sur les biens n'en est pas moins une délibation, un reflet, du droit de propriété du débiteur, dont le créancier n'est dès lors que l'ayant cause, le représentant (art. 1166, n° 1).

Mais enfin, a dit Toullier, si c'est aux ayants cause que vous appliquez l'art. 1328 en leur accordant le droit de ne pas respecter l'indication de la date, vous le mettez en con-

tradiction avec l'art. 1322, qui donne plein effet à l'acte, aussi bien pour la date que pour le reste, entre les parties, leurs héritiers *et leurs ayants cause !*

Une réponse a été faite à cette objection par M. Ducaurroy (*Thémis*, t. III, p. 149 et par M. Duranton (XIII, nos 132-136); mais elle n'est pas exacte. Les deux professeurs ont dit que l'art. 1322, après avoir parlé des *héritiers*, n'entend y ajouter que les ayants cause à titre universel autres que ces héritiers, c'est-à-dire les successeurs irréguliers *ab intestat* et les légataires ou donataires universels ou à titre universel, mais non pas les ayants cause à titre particulier. C'est là une erreur évidente, comme nous l'avons dit déjà sous l'art. 1322. Cet article parle de tous les ayants cause sans restriction, de tous ceux qui tirent du souscripteur de l'acte la cause de leur droit ; il ne distingue pas plus entre les ayants cause à titre particulier et les ayants cause à titre universel que ne le fait, pour l'acte public, le premier alinéa de l'art. 1319, sur lequel il est calqué.

Et il ne pouvait pas distinguer, en effet, car cet article ne s'occupe pas seulement de la date de l'acte, il s'occupe aussi et surtout de sa disposition ; en sorte que, s'il était vrai, comme le disent MM. Ducaurroy et Duranton, qu'il ne s'applique qu'aux ayants cause à titre universel, il s'ensuivrait que, même en principe, d'une manière absolue et indépendamment de la question de date, l'acte privé n'a jamais de valeur pour les ayants cause à titre particulier des parties contractantes !... Aussi nous allons voir bientôt (nº 5) M. Duranton se mettre sur ce point en complète contradiction avec lui-même.

M. Bonnier a donc eu raison de rejeter ici (nº 569) la doctrine de ses deux collègues, et d'adopter la réponse donnée par M. Troplong, (*Hypoth.*, II, 530).

Cette réponse est bien simple, et il est facile de concilier les deux art. 1322 et 1328. Sans doute, l'art. 1322 parle des ayants cause à titre particulier aussi bien que des autres, et par conséquent celui qui a acheté la ferme de Pierre par un acte

privé, peut invoquer cet acte contre moi, à qui Pierre a également vendu la même ferme. Mais pour que je sois obligé de respecter l'acte de mon adversaire et d'en subir l'exécution, il faut que je sois véritablement, par rapport à cet adversaire, l'ayant cause de Pierre. Or, quand j'ai acheté la ferme de Pierre, le 1er février 1845, je ne suis pas son ayant cause vis-à-vis de toutes personnes quelles qu'elles soient et pour tous les actes qu'il a consentis à une époque quelconque ; je ne le suis que pour les personnes qui avaient traité avec lui avant le 1er février 1845 ; et je ne suis plus qu'un tiers pour tout ce qui suit cette époque. Donc, quand mon voisin se présente avec un acte de vente de 1844, c'est à lui d'établir que cet acte est véritablement de 1844, et qu'il émane dès lors d'une personne dont je suis l'ayant cause. Tant qu'il ne s'appuiera pas sur une date certaine, il tourne dans un cercle vicieux, comme l'a fort bien dit M. Troplong.

Il va sans dire, au surplus, que l'étrange erreur de Toullier, malgré ses longs efforts pour la faire triompher, a toujours été repoussée par la jurisprudence aussi bien que par les auteurs.

---

* 10 *Pand. frs., sur art.* 1328 *C. N.* } Mais observez que l'acte public doit rapporter *la substance* de celui sous seing privé dont il est question de constater la date, en sorte que l'on ne puisse pas douter de quel acte il s'agit. La simple énonciation vague d'un acte passé entre telle et telle personne, sans rapporter ce que porte cet acte, n'aurait point l'effet d'assurer la date, parce qu'elle ne pourrait pas s'appliquer à tel acte plutôt qu'à tel autre.

---

* *C. N.* 1328. } Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire.

[ARTICLE 1226.]

1226. La règle contenue dans l'article qui précède ne s'applique pas aux écrits d'une nature commerciale. Ces écrits sont présumés avoir été faits au jour de leur date, sauf preuve contraire.

1226. The rule declared in the last preceding article does not apply to writings of a commercial nature. Such writings are presumed to have been made on the day they bear date, in the absence of proof to the contrary.

---

* 1 *Taylor*, *Evid.*, §§ 137-138, } § 137. It may be laid down as a general primâ facie presumption, that all *documents were made on the day they bear date.* This presumption prevails, whether the document be a modern or ancient deed, a bill of exchange or promissory note, an account, or even a letter; and this, too, whether it be written by a party to the suit or not. The rule, however, has of late been very reluctantly recognised, at least by the Court of Exchequer, and it is certainly subject to two *exceptions.* The first is, where, in order to prove a petitioning creditor's debt, the assignees put in an instrument signed by the bankrupt, which bears date before the act of bankruptcy. In these cases, as the effect of a proceeding in bankruptcy is retrospective, and its object is to invalidate all transactions which have taken place between the act of bankruptcy and the time when the fiat takes effect; and as, moreover, it is the interest of the petitioning creditor to support that fiat, the Courts have felt a reasonable jealousy of a collusion between him and the bankrupt, and have, accordingly, required that some independent proof of the existence of the instrument, previous to the act of bankruptcy, should be given in evidence, beyond the mere date apparent on its face. The *second exception* is, where, in petitions for damages on the ground of adultery, letters are put in evidence to show the

terms on which the husband and wife were living before the seduction; and here, in order to avoid the obvious danger of collusion, it has been deemed necessary that some independent proof should be given, that the letters were written at the time they bear date. I may be questionable whether the Courts would not *now* recognise a *third exception* to the rule in those cases, where indorsements made by a deceased obligee on a bond, acknowledging the receipt of interest, are tendered in evidence by his assignee, with the view of defeating a plea of the Statute of Limitations, set up by the obligor.

§ 138. Subject to the above exceptions, there can be little doubt that the rule in question is founded on common reason; for in the very great majority of cases documents are actually written on the day they bear date. The doctrine, however, must not be pushed to far; and in applying it to bills of exchange, it must be borne in mind that the date of the bill, though primâ facie evidence of the day when it was drawn, is not proof that it was *accepted* at the same time. The most that the law presume is, that a bill was accepted before its maturity and whithin a reasonable time after it was drawn; and it recognises that presumption, because in all ordinary transactions such a course of business would be pursued.

---

* 3 *Décisions des Tribunaux du B. C., p. 440, David, demdr. vs. Hays, défr. et Hays & al, opposants.* } JUGÉ : 1° Que l'hypothèque n'a lieu sur les biens d'un exécuteur testamentaire, que du jour de son acceptation par un acte authentique établissant cette exécution; 2° Que cette acceptation doit être enregistrée pour donner à un créancier, en vertu du testament, un droit de priorité et de préférence sur un autre créancier dont l'hypothèque a été duement enregistrée.

* 2 *Nouguier*, *n° 746, p. 82.* } *Date de l'acte.* La transcription de la lettre effectuée, l'acte commence. En première ligne, on suit, comme dans tous les exploits extra-judiciaires, les prescriptions du Code de procédure civile, et l'on mentionne l'an, le jour, le mois.

---

2 *Pardessus*, *Droit commercial*, *n° 333.* } *Date de la lettre de change.* — La lettre de change doit être datée. Cette disposition peut être considérée sous deux rapports : 1° l'indication du jour ; 2° celle du lieu où la lettre est souscrite.

Sous le premier rapport, la date, dont l'omission n'anéantit pas en général les engagements ordinaires, comme nous l'avons dit n° 246, est requise non-seulement pour que le tireur ne puisse pas dissimuler l'incapacité dont il serait frappé, mais encore pour que, dans aucun cas, il ne puisse nuire à ses créanciers, s'il était sur le point de faillir. En effet, un commerçant, dans ce cas, pourrait tirer des lettres de change dont le défaut de date ne permettrait pas de vérifier le véritable instant de souscription, et de suivre l'emploi. Par cette considération, l'antidate est considérée comme un faux entre le tireur et le preneur, lorsqu'elle a eu pour objet de causer un tort à autrui.

Sous le second rapport, la date, en indiquant le lieu où la lettre de change a été tirée, fournirait le moyen de vérifier si la première condition requise pour sa validité, a été observée ; et même on pourrait croire cette énonciation d'autant plus essentielle, que la qualité de lettre de change serait refusée à l'acte qui, en ayant le nom, contiendrait supposition de lieu. Quoiqu'on ne puisse être trop rigoureux en cette matière, il ne faut pas cependant se dissimuler que l'acceptation commune du mot *date*, est de désigner le temps. Dans la règle et l'usage, une lettre de change est présumée souscrite au domicile du tireur, sauf les preuves de supposition dont nous parlerons en traitant des lettres de change imparfaites.

[ARTICLE 1227.]

Au surplus, à moins des cas d'exception indiqués n° 339 et 345, aucun moyen ne peut être employé pour couvrir le vice provenant du défaut de date de la lettre. Ainsi, la substance qui en serait constatée dans un acte authentique, ne pourrait la régulariser, en lui donnant la date certaine de cette acte. D'un autre côté, la vérité de cette date ne peut être détruite que par la preuve de sa fausseté, laquelle preuve doit être faite par celui qui la conteste ; car l'antidate dans une lettre de change est au moins une fraude, et la fraude ne se présume pas : nous en avons donné les motifs n° 264 et suiv. Mais l'appréciation des circonstances appartient aux tribunaux ; de ce que l'antidate dans la lettre peut être considérée comme un faux, on n'en doit pas conclure que la date fasse la même foi que celle d'un acte authentique, et ne puisse être impugnée que par une inscription de faux.

1227. Les registres et papiers domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les a écrits. Ils font preuve contre lui :

1. Dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu ;

2. Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note est faite pour suppléer au défaut de titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.

1227. Family registers and papers do not make proof in favor of him by whom they are written. They are proof against him :

1. In all cases in which they formally declare a payment received ;

2. When they contain express mention that a minute is made to supply a defect of title to a person in whose favor an obligation is declared to exist.

* *C. de probat., Liv.* 4, *Tit.* 19, *L.* 7. } 7. Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque fiscum, neque alium quemlibet, ex suis subnotationibus debiti probationem præbere oportet.

PP. 3 non. martii Gallieno A. VII. et Sabinillo Coss. 267. (IMP. GALLIENUS).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } 7. Ce serait donner un exemple pernicieux que d'ajouter foi à une écriture privée ; car chacun pourrait, par une note écrite de sa main, se constituer des débiteurs. C'est pourquoi ni le fisc, ni toute autre personne, ne doivent prouver par leur propre note, la vérité de la dette qu'ils réclament.

Fait le 3 des nones de mars, sous le septième cons. de l'emper. Gallien, et le premier de Sabinillus. 267. (EMP. GALLIEN).

---

* *Boiceau*, (*Danty*), *Preuves*, *part. ch.* 8, *n*o 12 *et s.* } 12. De ces questions il en suit une autre, touchant les mémoires, tablettes, bordereaux, papiers journaux et domestiques, ou tablettes de bois ou de cuivre, ou, comme dit Ulpien, de ce qui est écrit en certain codicille sur des feuilles d'arbre, de tilleul, d'ivoire, ou d'autre matière, ou même si c'est en temps de guerre ou de peste sur des tuilles, ardoises ou feuilles d'arbre, comme on avait coutume de faire autrefois en Egypte sur les feuilles de palmier, suivant ce que Pline rapporte, et ainsi qu'en usaient les Syracusains, qui écrivaient l'arrêt rendu par ce peuple, appelé *ostracisme*, sur des feuilles d'olivier, d'où il fut appelé *petalismus.* On demande si tout ce qu'on a écrit sur de semblables matières, ne fera point une espèce de preuve qui puisse faire admettre celle par témoins ? Par exemple, Titius homme privé, qui n'est point un marchand, a écrit dans son papier journal, qu'il doit cent écus à Caius pour cause de prêt, ou bien pendant un temps de peste, il l'a écrit sur un aix, ou sur une feuille d'arbre, pour la décharge de sa conscience. Je répons-

avec Bartole qu'il faut distinguer ; car ou ce qu'il a écrit est en sa faveur, ou est contre lui, ou c'est une chose qui n'est ni pour ni contre lui. Si c'est contre lui et à son préjudice, je crois que cette écriture fait foi, si elle est souscrite de sa main. Si elle ne l'est pas, mais qu'il l'ait seulement écrite, elle fait quelque présomption, mais non pas une preuve entière, particulièrement si cette écriture le rend débiteur de quelque chose ; c'est pourquoi il faut ajouter la preuve par témoins, ou autres adminicules et indices pour prouver que la chose est due comme il l'a écrit, et cela par deux raisons ; la première, parce que cette écriture qui n'est point souscrite, est regardée comme une écriture commencée, mais qui n'est pas achevée ; car quand une personne a pu souscrire ce qu'il a écrit, et qu'il ne l'a point fait, il est censé s'être repenti de ce qu'il avait déjà écrit, du moins en argumentant, par rapport à un testateur qui a laissé son testament imparfait, ou qui l'a rayé, ou raturé, ou qui a témoigné par quelqu'autre manière, qu'il avait changé de volonté. La seconde, qu'une telle reconnaissance, qui va à rendre débiteur la personne, étant faite extrajudiciairement ou sans formalité, et en l'absence de la partie (qui y a intérêt) n'est pas censée suffisante pour produire une obligation. Ce serait autre chose si cette reconnaissance, quoi que non souscrite (par le créancier), allait à la libération du débiteur, parce qu'on y ajoute foi aisément, à cause de la faveur de la liberté, et particulièrement si (comme parle le jurisconsulte Paulus) celui qui a écrit cette reconnaissance sur ses papiers, est un homme exact et un bon père de famille, lequel on ne peut pas croire s'être trompé en cela, parce que son exactitude ordinaire exclut cette présomption d'erreur et d'inadvertance. Que si cet homme a écrit quelque chose à sa décharge et en sa faveur, ce témoignage domestique qu'il s'est rendu, ne fait nulle preuve, suivant qu'il est décidé en droit, c'est pourquoi comme il s'agit en cela d'un simple pacte, quoique ce pacte aille à la libération, il ne sera pas permis de le prouver par témoins, parce qu'il n'est pas fondé sur aucune présomption de droit.

Quant aux choses qu'on écrit sur un *agenda*, qui ne sont souvent ni pour ni contre celui qui les écrit mais indifférentes, comme font ceux qui écrivent tout ce qui arrive journellement, afin de s'en souvenir, tout cela fait quelque légère présomption, mais non pas une présomption nécessaire, ainsi cela doit être laissé à la prudence du juge : néanmoins j'en excepte un cas, dans lequel ces sortes de choses ainsi écrites, tiennent lieu de preuves ; savoir quand le père ou la mère, ou tous les deux, ont écrit dans leurs livres journaux et domestiques, ou dans leurs livres de prières, le jour de la naissance de leurs enfants ; car je sais qu'il a été jugé plusieurs fois, que quand il s'agit de prouver quel âge ont leurs enfants ; ces sortes d'écritures font une preuve considérable, parce que c'est le témoignage du père et de la mère, lequel aussi bien que celui des proches parents, et des sages-femmes, est censé hors de tout soupçon, suivant la disposition de droit, particulièrement si cette reconnaissance a été trouvée dans leurs papiers après leur mort, et qu'il ait été vérifié qu'elle est de leur écriture, parce qu'on ne peut présumer que cette écriture ait été faite pour tromper personne, particulièrement si celui qui l'a écrite est en réputation d'un honnête homme, et c'est aussi le sentiment de Bartole et de Balde : mais parce que cette question ne regarde pas absolument l'ordonnance, qui ne parle que des conventions, je ne m'y arrêterai pas davantage.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*os 758-9. } 758. Après avoir traité des papiers-journaux des marchands, il est de l'ordre de parler de ceux des particuliers qui ne sont pas marchands.

Il n'est pas douteux que ce que nous écrivons sur nos *papiers domestiques*, ne peut faire de preuve en notre faveur contre quelqu'un qui n'y a pas souscrit : *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, quâ unusquisque sibi adnotatione propriâ debitorem constituit ;* L. 7, Cod. *de Probat.*

Mais font-ils preuve contre nous ?

[ARTICLE 1227.]

Boiceau (part. 2, chap. 8, nº 14), distingue le cas auquel ce que nous avons écrit tendrait à nous obliger envers quelqu'un, et celui auquel ce que nous avons écrit tendrait à libérer notre débiteur.

Dans le premier cas, par exemple, si j'ai écrit sur mon journal ou sur mes tablettes, " que j'ai emprunté vingt pistoles de Pierre " (Boiceau *ibidem*), pense que, si cette reconnaissance faite sur mon journal ou sur mes tablettes, est signée de moi, elle fait une preuve complète de la dette contre moi et mes héritiers ; et que, si elle n'est pas signée, elle ne fait qu'une semi-preuve, qui doit être fortifiée de quelque indice.

Je trouve plausible cette distinction de Boiceau ; mais par une autre raison que celles qu'il a alléguées. Lorsque la note que j'ai faite de l'emprunt sur mon journal n'est pas signée, cette note ne paraît faite que pour me rendre compte à moi-même, et non pour servir au créancier de preuve du prêt qu'il m'a fait : ce créancier n'ayant pas de billet, la présomption est qu'il me l'a rendu lorsque je l'ai payé, et que me trouvant assuré par la restitution qui m'a été faite de mon billet, j'ai négligé de barrer cette note, et de faire mention du paiement que j'avais fait. Mais lorsque j'ai signé cette note, ma signature indique que j'ai fait cette note dans l'intention qu'elle servît au créancier de preuve de sa créance : elle doit donc lui en servir.

Quoique je n'aie pas signé la note, si j'ai d'ailleurs déclaré ou fait connaître que je la faisais pour qu'elle servît de preuve du prêt dans le cas auquel je serais prévenu par la mort ; comme lorsque j'ai déclaré par cette note que celui qui m'avait fait le prêt, n'avait pas voulu recevoir de billet de moi ; la note, dans ce cas, quoique non signée, doit faire une preuve de la dette contre moi et mes héritiers.

Lorsque la note, quoique signée, est barrée, elle ne fait plus de preuve en faveur du créancier : au contraire, la radiation est une preuve que j'ai rendu la somme, si le créancier n'a par devers lui aucun titre.

Passons au second cas, qui est celui auquel ce que j'ai écrit sur mon journal ne tend pas à m'obliger, mais au contraire à libérer mon débiteur ; comme lorsque j'ai écrit sur mon journal les paiements qu'il m'a faits : il n'est pas douteux, en ce cas, que ce que j'ai écrit sur mon journal, soit que je l'aie signé ou non, fait une pleine foi contre moi au profit de mon débiteur ; car la libération est favorable.

759. Il y a trois espèces de ces écritures :—1° Les *journaux et tablettes* ;— 2° Les *écritures sur feuilles volantes*, et qui ne sont point à la suite, à la marge ou au dos d'un acte signé ;— 3° celles qui sont *à la suite, à la marge ou au dos d'un acte signé.*

Nous avons parlé de la première espèce au paragraphe précédent.

Celles de la seconde espèce, ou tendent à obliger ou à libérer.

A l'égard de celles qui tendent à libérer, telles que sont des quittances écrites de la main du créancier, non signées, qui se trouvent par devers le débiteur, quoique nous ayons décidé au paragraphe précédent, que les reçus écrits sur le journal du créancier font une pleine foi du paiement, sans qu'il soit besoin qu'ils soient signés, je ne crois pas qu'on doive de même décider que les quittances non signées, sur feuilles détachées, quoique écrites entièrement de la main du créancier, et en la possession du débiteur, fassent pareillement une pleine foi du paiement.

La raison de cette différence est qu'il n'est pas d'usage de signer les reçus qu'on inscrit sur un journal ; au lieu qu'il est d'usage que le créancier signe les quittances qu'il donne à son débiteur.

C'est pourquoi lorsque la quittance n'est pas signée, on peut croire qu'elle a été donnée au débiteur avant le paiement, *putà*, comme un simple modèle, pour que le débiteur examinât s'il approuverait la forme en laquelle elle était conçue, et que le créancier a remis à la signer lorsqu'il serait payé.

Néanmoins, si cette quittance est datée de manière qu'il

n'y manque que la signature ; si c'est une quittance toute simple, et dont il n'y ait pas eu besoin de faire un modèle ; enfin, s'il ne paraît aucune raison pour laquelle cette quittance ait pu parvenir au débiteur avant le paiement ; en ce cas, je pense qu'on doit présumer que ce n'est que par oubli que la quittance n'a pas été signée, et qu'elle doit faire foi du paiement, surtout si on y ajoute le serment supplétoire du débiteur.

A l'égard des écritures non signées, sur des feuilles volantes, qui tendent à l'obligation de la personne qui les a écrites, telles qu'une promesse, un acte de vente, etc. ; quoiqu'elles se trouvent entre les mains de celui envers qui l'obligation devait être contractée, elles ne font néanmoins aucune preuve contre la personne qui les a écrites, " que l'obligation a été effectivement contractée " ; et elles ne passent que pour de simples projets qui n'ont pas eu d'exécution

---

Voy. autorités sur art. 1222.

---

* *C. N.* 1331. } Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui, 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu ; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.

1228. L'écriture mise par le créancier au dos ou sur aucune autre partie d'un titre qui est toujours resté en sa possession, quoique non signée ni datée	1228. What is written by the creditor on the back or upon any other part of the title which has always remained in his possession, though the writing be nei-

par lui, fait preuve contre lui lorqu'elle tend à établir la libération du débiteur.

Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos ou sur quelqu'autre partie du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

ther signed nor dated, is proof against him when it tends to establish the discharge of the debtor.

In like manner what is written by the creditor on the back or upon any other part of the duplicate of a title or of a receipt is proof, provided such duplicate be in the hands of the debtor.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *nos* 760 *et s.* } 760. Il nous reste à parler des écritures non signées, qui sont à la suite, ou à la marge, ou au dos d'un écrit signé : ces écritures, ou tendent à la libération, ou à une nouvelle obligation.

A l'égard de celles qui tendent à la libération, il faut encore distinguer le cas auquel l'acte au bas ou au dos duquel elles sont, est et n'a jamais cessé d'être en la possession du créancier ; et celui auquel il serait en la possession du débiteur.

Dans le premier cas, comme lorsqu'au bas ou au dos d'une promesse signée par le débiteur, et qui est en la possession du créancier, il se trouve des quittances de sommes reçues à compte ; ces quittances, quoique non signées ni datées, font une pleine preuve du paiement, non-seulement lorsqu'elles sont écrites de la main du créancier, mais même de quelque main qu'elles soient écrites, fût-ce même de celle du débiteur ; parce qu'il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet qui était en sa possession, si les paiements ne lui avaient pas été faits effectivement.

Il y a plus : quand même les écritures non signées, qui sont au bas ou au dos d'un acte qui est en la possession du

créancier, et qui tendent à la libération de ce qui est porté par cet acte, seraient barrées, elles ne laisseraient pas de faire foi : car il ne doit pas être au pouvoir du créancier, en la possession duquel est l'acte, ni moins encore en celui de ses héritiers, de détruire, en barrant cette écriture, la preuve du paiement qu'elle renferme.

761. Ces dispositions ont lieu, lorsque l'acte est entre les mains du créancier.

Quid, si l'acte est entre les mains du débiteur ; *putà*, si au bas, au dos, ou en marge d'un traité de vente fait double, qui est entre les mains de l'acheteur, débiteur du prix, il se trouve des reçus non signés ?

Ces écritures feront pleine foi, si elles sont de la main du créancier : ces quittances étant sur l'acte même qui renferme l'obligation, elles ont plus de force que des quittances non signées données sur une feuille volante.

Il en est de même des quittances non signées, écrites de la main du créancier, qui seraient à la suite d'une précédente quittance signée : mais si ces écritures sont d'une autre main que celle du créancier, n'étant point signées de lui, elles ne font aucune foi du paiement, ne devant pas être au pouvoir du débiteur de se procurer la libération de sa dette, en faisant écrire des reçus sur l'acte qui est en sa possession, par telle personne qu'il voudra.

Les quittances, quoique écrites de la main du créancier sur l'acte qui est en la possession du débiteur, ne feront pas foi non plus si elles sont barrées ; car il est sensible que le débiteur, en la possession duquel est l'acte, ne les aurait pas laissé barrer si le paiement eût été effectif ; et il y a lieu de croire que le créancier ayant écrit la quittance sur des propositions de paiement, l'a barrée parce que les propositions n'ont pas été effectuées.

762. A l'égard des écritures non signées, qui tendent à l'obligation, lorsqu'elles expriment une relation avec l'acte signé au bas, au dos ou en marge duquel elles sont, elles font foi contre le débiteur qui les a écrites.

Par exemple, si, au bas d'une promesse signée de Pierre, par laquelle il reconnaît que Jacques lui a prêté 1,000 liv., il était écrit de la main de Pierre, *Plus, je reconnais que mondit sieur Jacques m'a encore prêté* 200 *liv.;* cette écriture, quoique non signée, ferait foi contre Pierre, parce que par ces termes de, *plus*, *encore*, elle a une relation avec l'écrit signé de lui. Boiceau, 11, 2 ; et Danty, *ibid.*

Pareillement, si, au bas d'un traité de vente d'une métairie signé des deux parties, il y avait un *post-scriptum* écrit de la main du vendeur, quoique non signé, portant "que les bestiaux qui y sont, sont compris dans la vente", ce *post-scriptum* ferait foi contre le vendeur.

S'il était écrit d'une autre main, il est évident qu'il ne ferait pas foi contre lui, si l'acte était produit par l'acheteur ; mais si ce *post-scriptum* était au bas de l'acte qui est entre les mains du vendeur, ce *post-scriptum*, quoique écrit d'une autre main, ferait foi contre le vendeur ; car il n'aurait pas laissé mettre ce *post-scriptum* au bas d'un acte qui était en sa possession, si le contenu n'eût pas été convenu entre les parties.

763. Lorsque les écritures non signées, étant au dos, au bas ou à la marge d'un acte, n'ont aucun rapport avec cet acte, elles sont semblables à celles écrites sur feuilles vo lantes. *Voy.* ce qui en a été dit *suprà*, nº 759.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1227.

---

* *C. N.* 1332. } L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur.

Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

1229. Nul endossement ou mémoire d'un paiement écrit sur un billet promissoire, lettre de change ou autre écrit par celui à qui tel paiement a été fait, ou de sa part, n'est reçu comme preuve de tel paiement, de manière à soustraire la dette à l'effet de la loi relative à la prescription des actions.

1229. No indorsement or memorandum of any payment upon a promissory note, bill of exchange or other writing, made by or on behalf of the party to whom such payment is made, is received in proof of such payment so as to take the debt out of the operation of the law respecting the limitation of actions.

---

* *S. R B. C., ch.* 67, *sec.* 4. } 4. Nul endossement ou mémoire (*memorandum*) d'un paiement, écrit ou fait sur un billet, lettre de change ou autre écrit, par ou de la part de celui à qui le paiement est fait, ne sera considéré comme une preuve suffisante du paiement, pour soustraire le cas à l'opération du présent acte. 10, 11 V. c. 11, s. 4.

SECTION III.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

1230. Le témoignage d'un seul témoin est suffisant dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise.

SECTION III.

OF TESTIMONY.

1230. The testimony of one witness is sufficient in all cases in which proof by testimony is admitted.

---

* *S. R. B. C., ch.* 82, *Sec.* 14 *et s.* } 14. Tous les parents et alliés des parties, excepté le mari et la femme, pourront être témoins en matières civiles, pour déposer contre ou

en faveur d'icelles, nonobstant le onzième article du titre vingt-deux (enquêtes) de l'ordonnance de mil six cent soixante-et-sept, qui est expressément abrogé par le présent, en autant qu'il a rapport aux degrés de parenté seulement ; mais, nonobstant la compétence de tout parent en deçà du degré de cousin germain, de donner un témoignage, le juge pourra apprécier tel témoignage selon qu'il juge le témoin digne de foi :

2. Toute personne reprochable comme témoin pour raison d'intérêt pourra rendre témoignage en justice, mais le témoignage de tel témoin sera apprécié selon qu'il est jugé digne de foi. 23 V. c. 57, s. 51.

15. Toute partie dans une cause pourra être assignée et interrogée comme témoin par toute autre partie dans la même cause, et la partie, ainsi assignée et interrogée, pourra être transquestionnée comme un témoin par son propre procureur, si elle est représentée par un procureur, et le témoignage donné par toute telle partie pourra servir ou non à la partie qui l'aura obtenu, si elle le juge à propos, pourvu que toute telle partie à la clôture de son enquête déclare qu'elle entend oui ou non se servir de tel témoignage ; mais aucun tel témoignage ne tournera à l'avantage de la partie qui l'aura donné ;

2. Toute telle partie, ainsi assignée, sera taxée comme tout autre témoin. 23 V. c. 57, s. 49.

16. En matières d'enquêtes et de preuve par témoins, le témoignage d'un seul témoin sera suffisant pour prouver un fait. 23 V. c. 57, s. 50.

1231. Toutes personnes sont témoins compétents, excepté :

1. Celles qui sont dépourvues d'intelligence par

1231. All persons are legally competent to give testimony, except :

1. Persons deficient in understanding, whether

défaut d'âge, démence ou autre cause ;	from immaturity of age, insanity or other cause ;
2. Celles qui ignorent ou méconnaissent l'obligation religieuse du serment ;	2. Those insensible to the religious obligation of an oath ;
3. Celles qui sont mortes civilement ;	3. Those civilly dead ;
4. Celles qui par la loi sont réputées infâmes ;	4. Those declared infamous by law ;
5. Le mari et la femme, l'un pour ou contre l'autre.	5. Husband and wife, for or against each other.

Voy. *S. R. B. C.*, cités sur art. 1230.

---

* 1 *Greenleaf*, *nos* 334-5-340, *et* 365 *à* 379. } 334. The rule, by which parties are excluded from being witnesses for themselves, applies to the case of *husband and wife;* neither of them being admissible as a witness in a cause, civil or criminal, in which the other is a party. This exclusion is founded partly on the identity of their legal rights and interests, and partly on principles of public policy, which lie at the basis of civil society. For it is essential to the happiness of social life, that the confidence subsisting between husband and wife should be sacredly protected and cherished in its most unlimited extent ; and to break down or impair the great principles which protect the sanctities of the relation, would be to destroy the best solace of human existence.

335. The principle of this rule requires its application to all cases, in which *the interests* of the other party are *involved.* And, therefore, the wife is not a competent witness against any co-defendant, tried with her husband, if the testimony concern the husband, though, it be not directly given against him. Nor is she a witness for a co-defendant,

if her testimony, as in the case of a conspiracy, would tend directly to her husband's acquittal; nor where, as in the case of an assault the interests of all the defendants are inseparable; nor in any suit in which the rights of her husband, though not a party, would be concluded by any verdict therein; nor may she, in a suit between others, testify to any matter for which, if true, her husband may be indicted. Yet where the grounds of defence are several and distinct, and in no manner dependent on each other, no reason is perceived why the wife of one defendant should not be admitted as a witness for another.

340. Whether the rule may be relaxed, so as to admit the wife to testify against the husband, *by his consent*, the authorities are not agreed. Lord Hardwicke was of opinion that she was not admissible, even with the husband's consent; and this opinion has been followed in this country; apparently upon the ground, that the interest of the husband in preserving the confidence reposed in her is not the sole foundation of the rule, the public having also an interest in the preservation of domestic peace, which might be disturbed by her testimony, notwithstanding his consent. The very great temptation to perjury, in such case, is not to be overlooked. But Ld. Chief Justice Best, in a case before him, said he would receive the evidence of the wife, if her husband consented; apparently regarding only the interest of the husband as the ground of her exclusion, as he cited a case, where Lord Mansfield had once permitted a plaintiff to be examined with his own consent.

365. We proceed now to consider the SECOND CLASS of persons incompetent to testify as witnesses, namely, that of PERSONS DEFICIENT IN UNDERSTANDING. We have already seen that one of the main securities, which the law has provided for the purity and truth of oral evidence, is, that it be delivered under the sanction of an oath; and that this is none other than a solemn invocation of the Supreme Being, as the Omniscient Judge. The purpose of the law being to lay hold on

the conscience of the witness by this religious solemnity, it is obvious, that persons incapable of comprehending the nature and obligation of an oath ought not to be admitted as witnesses. The repetition of the words of an oath would, in their case, be but an unmeaning formality. It makes no difference from what cause this defect of understanding may have arisen ; nor whether it be temporary and curable, or permanent ; whether the party be hopelessly an idiot, or maniac, or only occasionally insane, as a lunatic ; or be intoxicated ; or whether the defect arises from mere immaturity of intellect, as in the case of children. *While the deficiency of understanding exists*, by the cause of what nature soever, the person is not admissible to be sworn as a witness. But if the cause be temporary, and a lucid interval should occur, or a cure be effected, the competency also is restored.

366. In regard to persons *deaf and dumb* from their birth, it has been said that, in presumption of law, they are idiots. And though this presumption has not now the same degree of force which was formerly given to it, that unfortunate class of persons being found, by the light of modern science, to be much more intelligent in general, and susceptible of far higher culture, than was once supposed; yet still the presumption is so far operative, as to devolve the burden of proof on the party adducing the witness, to show that he is a person of sufficient understanding. This being done, a deaf mute may be sworn and give evidence, by means of an interpreter. If he is able to communicate his idea perfectly by writing, he will be required to adopt that, as the more satisfactory, and therefore the better method ; but if his knowledge of that method is imperfect, he will be permitted to testify by means of signs.

367. But in respect to *children*, there is no precise age within which they are absolutely excluded, on the presumption that they have not sufficient understanding. At the age of fourteen, every person is presumed to have common discretion and understanding, until the contrary appears ; but

under that age it is not so presumed ; and therefore inquiry is made as to the degree of understanding, which the child offered as a witness may possess ; and if he appears to have sufficient natural intelligence, and to have been so instructed as to comprehend the nature and effect of an oath, he is admitted to testify, whatever his age may be. This examination of the child, in order to ascertain his capacity to be sworn, is made by the Judge, at his discretion ; and though, as has been just said, no age has been precisely fixed, within which a child shall be conclusively presumed incapable, yet, in one case, a learned Judge promptly rejected the dying declarations of a child of four years of age, observing, that it was quite impossible that she, however precocious her mind, could have had that idea of a future state, which is necessary to make such declarations admissible. On the other hand, it is not unusual to receive the testimony of children under nine, and sometimes even under seven years of age, if they appear to be of sufficient understanding ; and it has been admitted even at the age of five years. If the child, being a principal witness, appears not yet sufficiently instructed in the nature of an oath, the Court will, in its discretion, put off the trial, that this may be done. But whether the trial ought to be put off for the purpose of instructing an adult witness, has been doubted.

368. The THIRD CLASS of persons incompetent to testify as witnesses, consists of those who are INSENSIBLE TO THE OBLIGATIONS OF AN OATH, from default of religious sentiment and belief. The very nature of an oath, it being a religious and most solemn appeal to God, as the Judge of all men, presupposes that the witness believes in the existence of an omniscient Supreme Being, who is " the rewarder of truth and avenger of falsehood ; " and that, by such a formal appeal, the conscience of the witness is affected. Without this belief, the person cannot be subject to that sanction, which the law deems an indispensable test of truth. It is not sufficient, that a witness believes himself bound to speak the truth from a

regard to character, or to the common interests of society, or from fear of the punishment which the law inflicts upon persons guilty of perjury. Such motives have indeed their influence, but they are not considered as affording a sufficient safeguard for the strict observance of truth. Our law, in common with the law of most civilized countries, requires the additional security afforded by the religious sanction implied in an oath ; and, as a necessary consequence, rejects all witnesses, who are incapable of giving this security Atheists, therefore, and all infidels, that is, those who profess no religion that can bind their consciences to speak truth, are rejected as incompetent to testify as witnesses.

369. As to the nature and *degree of religious faith* required in a witness, the rule of law, as at present understood, seems to be this, that the person is competent to testify, if he believes in the being of God, and a future state of rewards and punishments ; that is, that Divine punishment will be the certain consequence of perjury. It may be considered as now generally settled, in this country, that it is not material, whether the witness believes that the punishment will be inflicted in this world, or in the next. It is enough, if he has the religious sense of accountability to the Omniscient Being, who is invoked by an oath.

370. It should here be observed, that defect of religious faith is *never presumed.* On the contrary, the law presumes that every man brought up in a Christian land, where God is generally acknowledged, does believe in him, and fear him. The charity of its judgment is extended alike to all. The burden of proof is not on the party adducing the witness, to prove that he is a believer ; but it is on the objecting party, to prove that he is not. Neither does the law presume that any man is a hypocrite. On the contrary, it presumes him to be what he professes himself to be, whether atheist, or Christian ; and the state of a man's opinions, as well as the sanity of his mind, being once proved is, as we have already seen, presumed to continue unchanged, until the contrary

is shown. The state of his religious belief, at the time he is offered as a witness, is a fact to be ascertained ; and this is presumed to be the common faith of the country, unless the objector can prove that it is not. The ordinary mode of showing this is by evidence of his declarations, previously made to others ; the person himself not being interrogated ; for the object of interrogating a witness, in these cases, before he is sworn is not to obtain the knowledge of other facts, but to ascertain from his answers, the extent of his capacity, and whether he has sufficient understanding to be sworn.

372. Under this general head of exclusion because of insensibility to the obligation of an oath, may be ranked the case of *persons infamous ;* that is, persons who, whatever may be their professed belief, have been guilty of those heinous crimes which men generally are not found to commit, unless when so depraved as to be unworthy of credit for truth. The basis of the rule seems to be, that such a person is morally too corrupt to be trusted to testify ;— so reckless of the distinction between truth and falsehood, and insensible to the restraining force of an oath, as to render it extremely improbable that he will speak the truth at all. Of such a person Chief Baron Gilbert remarks, that the credit of his oath is overbalanced by the stain of his iniquity. The party, how ever, must have been legally adjudged guilty of the crime. If he is stigmatized by public fame only, and not by the censure of law, it affects the credit of his testimony, but not his admissibility as a witness. The record, therefore, is required as the sole evidence of his guilt; no other proof being admitted of the crime ; not only because of the gross injustice of trying the guilt of a third person in a case to which he is not a party, but also, lest, in the multiplication of the issues to be tried, the principal case should be lost sight of, and the administration of justice should be frustrated.

373. It is a point of no small difficulty to determine precisely the crimes which render the perpetrator thus infamous. The rule is justly stated to require, that " the *publicum judi-*

cium must be upon an offence, implying such a dereliction of moral principle, as carries with it a conclusion of a total disregard to the obligation of an oath." But the difficulty lies in the specification of those offences. The usual and more general enumeration is, *treason*, *felony*, and the *crimen falsi*. In regard to the two former, as all treasons, and almost all felonies were punishable with death, it was very natural that crimes, deemed of so grave a character as to render the offender unworthy to live, should be considered as rendering him unworthy of belief in a Court of Justice. But the extent and meaning of the term *crimen falsi*, in our law, is nowhere laid down with precision. In the Roman Law, from which we have borrowed the term, it included not only forgery, but every species of fraud and deceit. If the offence did not fall under any other head, it was called *stellionatus*, which included "all kinds of cozenage and knavish practice in bargaining." But it is clear, that the Common Law has not employed the term in this extensive sense, when applying it to the disqualification of witnesses ; because convictions for many offences, clearly belonging to the *crimen falsi* of the civilians, have not this effect. Of this sort are deceits in the quality of provisions, deceits by false weights and measures, conspiracy to defraud by spreading false news, and several others. On the other hand, it has been adjudged that persons are rendered infamous, and therefore incompetent to testify, by having been convicted of forgery, perjury, subornation of perjury, suppression of testimony by bribery, or conspiracy to procure the absence of a witness, or other conspiracy, to accuse one of a crime, and barratry. And from these decisions it may be deduced, that the *crimen falsi* of the Common Law not only involves the charge of falsehood, but also is one which may injuriously affect the administration of justice, by the introduction of falsehood and fraud. At least it may be said, in the language of Sir William Scott, "so far the law has gone, affirmatively ; and it is not for me to say where it should stop, negatively."

[ARTICLE 1231.]

374. In regard to the *extent and effect of the disability* thus created, a distinction is to be observed between cases in which the person disqualified is a party, and those in which he is not. In cases between third persons, his testimony is universally excluded. But where he is a party, in order that he may not be wholly remediless, he may make any affidavit necessary to his exculpation or defence, or for relief against an irregular judgment, or the like; but it is said that his affidavit shall not be read to support a criminal charge. If he was one of the subscribing witnesses to a deed, will, or other instrument, before his conviction, his handwriting may be proved, as though he were dead.

375. We have already remarked, that no person is deemed infamous in law, until he has been legally found guilty of an infamous crime. But the mere verdict of the Jury is not sufficient for this purpose; for it may be set aside, or the judgment may be arrested, on motion for that purpose. It is *the judgment*, and that only, which is received as the legal and conclusive evidence of the party's guilt, for the purpose of rendering him incompetent to testify. And it must appear that the judgment was rendered by a Court of competent jurisdiction. Judgment of outlawry, for treason or felony, will have the same effect: for the party, in submitting to an outlawry, virtually confesses his guilt; and so the record is equivalent to a judgment upon confession. If the guilt of the party should be shown by oral evidence, and even by his own admission, [though in neither of these modes can it be proved, if the evidence be objected to,] or, by his plea of guilty which has not been followed by a judgment, the proof does not go to the competency of the witness, however it may affect his credibility. And the judgment itself, when offered against his admissibility, can be proved only by the record, or, in proper cases, by an authenticated copy, which the objector must offer and produce at the time when the witness is about to be sworn, or at farthest in the course of the trial.

376. Whether judgment of an infamous crime, passed by a

foreign tribunal, ought to be allowed to affect the competency of the party as a witness, in the Courts of this country, is a question upon which Jurists are not entirely agreed. But the weight of modern opinions seems to be, that personal disqualifications, not arising from the law of nature, but from the positive law of the country, and especially such as are of a penal nature, are strictly territorial, and cannot be enforced in any country other than that in which they originate. Accordingly, it has been held, upon great consideration, that a conviction and sentence for a felony in one of the United States, did not render the party incompetent as a witness, in the Courts of another State ; though it might be shown in diminution of the credit due to his testimony.

377. The *disability* thus arising from infamy may, in general, be *removed* in two modes ; (1.) by reversal of the judgment ; and (2.) by a pardon. The reversal of the judgment must be shown in the same manner that the judgment itself must have been proved, namely, by production of the record of reversal, or, in proper cases, by a duly authenticated exemplification of it. The pardon must be proved, by production of the charter of pardon, under the great seal. And though it were granted after the prisoner had suffered the entire punishment awarded against him, yet it has been held sufficient to restore the competency of the witness, though he would, in such case, be entitled to very little credit.

378. The rule, that a pardon restores the competency and completely rehabilitates the party, is *limited* to cases where the disability is a consequence of the judgment, according to the principles of the Common Law. But where the disability is annexed to the conviction of a crime by the express words of a statute, it is generally agreed that the pardon will not, in such a case, restore the competency of the offender ; the prerogative of the sovereign being controlled by the authority of the express law. Thus, if a man be adjudged guilty on an indictment for perjury, at Common Law, a pardon will res-

tore his competency. But if the indictment be founded on the statute of 5 Eliz. c. 9, which declares, that no person, convicted and attainted of perjury, or subornation of perjury, shall be from thenceforth received as a witness in any Court of record, he will not be rendered competent by a pardon.

1232. Le témoignage donné par l'une des parties dans l'instance ne peut être invoqué en sa faveur.

Un témoin n'est pas inadmissible à rendre témoignage à cause de parenté ou d'intérêt ; mais sa crédibilité en peut être affectée.

1232. Testimony given by a party in a suit cannot avail in his favor.

A witness is not rendered incompetent by reason of relationship or of being interested in the suit ; but the credibility may be affected thereby.

Voy. *S. R. B. C.*, cités sur art. 1230 et *Greenleaf*, sur art. 1231.

1233. La preuve testimoniale est admise :

1. De tout fait relatif à des matières commerciales ;

2. Dans toute matière où le principal de la somme ou la valeur demandée n'excède pas [cinquante piastres ;]

3. Dans les cas où des biens-fonds sont occupés avec la permission du propriétaire et sans bail,

1233. Proof may be made by testimony :

1. Of all facts concerning commercial matters ;

2. In all matters in which the principal sum of money or value in question does not exceed [fifty dollars ;]

3. In cases in which real property is held by permission of the proprietor without lease, as pro-

tel que pourvu au titre *Du Louage ;*

4. Dans les cas de dépôt nécessaire ou de dépôts faits par des voyageurs dans une hôtellerie et autres cas de même nature ;

5. Dans le cas d'obligations résultant des quasi-contrats, délits et quasi-délits, et dans tout autre cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite ;

6. Dans les cas où la preuve écrite a été perdue par cas imprévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante, et ne peut être produite ;

7. Lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

Dans tous les autres cas la preuve doit se faire au moyen d'écrits ou par le serment de la partie adverse.

Le tout néanmoins sujet aux exceptions et restrictions spécialement énoncées dans cette section et aux dispositions contenues dans l'article 1690.

vided in the title *Of Lease and Hire ;*

4. In cases of necessary deposits, or deposits made by travellers in an inn, and in other cases of a like nature ;

5. In cases of obligations arising from quasi-contracts, offences, and quasi-offences, and all other cases in which the party claiming could not procure proof in writing ;

6 In cases in which the proof in writing has been lost by unforeseen accident, or is in the possession of the adverse party or of a third person without collusion of the party claiming, and cannot be produced ;

7. In cases in which there is a commencement of proof in writing.

In all other matters proof must be made by writing or by the oath of the adverse party.

The whole, nevertheless, subject to the exceptions and limitations specially declared in this section, and to the provisions contained in article 1690.

* *Ordonnance de Moulins,* (*Fév.* 1566) *art.* 54. } Pour obvier à la multiplication des faits que l'on a veu cy-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procez ; Avons ordonné et ordonnons, que doresnavant de toutes choses excédans la somme ou valeur de cent livres, pour une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et receuë toute preuve desdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu audit Contrat, ny sur ce qui serait allégué avoir esté dit ou convenu avant iceluy, lors et depuis ; en quoy n'entendons exclure les conventions particulières, et autres qui seraient faites par les parties, sous leurs seings, seaux et écritures privées.

Voy. *S. R. B. C.*, cités sur art. 1235.

---

* *Ordonnance de* 1667, *Tit.* 20, *arts.* 2, 3, 4. } Art. 2. Seront passés actes pardevant notaires, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres ; sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands.

Art. 3. N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage ou en cas d'incidents imprévus, où on ne pourrait avoir fait des actes, et aussi lorsqu'il y aura un commencement de preuve par écrit.

Art. 4. N'entendons pareillement exclure la preuve par témoins pour dépôts faits en logeant dans une hôtellerie entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, qui pourra être or-

donnée par le juge, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.

---

* 24 *Merlin*, *Rép.*, *v°* *Preuve*, *sec.* 2, § *III*, *art.* 1, *n°* 16. } XVI. Lorsque, par un même exploit, on fait la demande de plusieurs créances dont l'ensemble excède le taux de l'ordonnance, quoiqu'aucune, considérée à part, ne s'élève à cette somme, la preuve par témoins est-elle recevable ?

La loi 11, D. *de jurisdictione*, semble devoir nous faire décider pour l'affirmative : elle déclare qu'un juge peut prendre connaissance d'une affaire dont l'ensemble est au-dessus de sa juridiction, lorsque chacun des chefs dont elle est composée, ne l'excède pas ; et ce qui paraît confirmer cette opinion, c'est que la loi n'ayant prescrit de dresser des actes que des choses au-dessus de 100 livres ou 300 florins, le demandeur qui, dans l'espèce proposée, ne s'est pas procuré un acte pour chacune de ses créances, paraît à l'abri de tout reproche.

Néanmoins l'ordonnance de 1667 déclare que la preuve par témoins n'est pas recevable, *encore que ce soit diverses sommes qui viennent de différentes causes et en différents temps, si ce n'était que les droits procédassent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.*

Avant cette loi, on distinguait, comme on doit encore le faire dans la Belgique, si les diverses créances procédaient ou non d'une même cause : au premier cas, on rejetait la preuve testimoniale, comme l'a fait le conseil de Brabant, par un arrêt du mois d'août 1713, qu'on trouve dans le recueil de Winantz, § 132 ; mais on l'admettait au second. La loi 11, D. *de jurisdictione*, ne détruit pas cette distinction ; c'est, au contraire, le seul moyen de la concilier avec la loi 10, D. *de appellationibus*, qui soumet à l'appel toute sentence portant sur divers chefs, dont aucun en particulier ne s'élève à la somme sur laquelle le juge peut prononcer en dernier ressort, et qui tous ensemble l'excèdent.

Mais aujourd'hui, dans la Belgique, comme dans toutes les

parties de la France, on doit se conformer à la disposition de l'ordonnance de 1667, que le Code civil renouvelle en ses arts. 1345-1346.

---

* *Serpillon, sur Ord. de* 1667, *p.* 318. } On peut aussi prouver par témoins la perte des grosses, ou expéditions des contrats et autres titres, si elle est arrivée par des accidents imprévus, ou forcés. Le Parlement de Dijon par arrêt du 12 juin 1690, permit de prouver par témoins des payements qui excédaient 100 liv., parce qu'il parut vraisemblable que les quittances étaient péries dans un incendie.

Cet arrêt est rapporté par Raviot, question 114, n. 9, tom. 1, p. 144, où l'auteur ajoute, que l'on peut en pareils cas prouver par la même voie ce que contenait le titre perdu.

Le même auteur Raviot, quest. 309, tom. 2, p. 569, traite encore la question de savoir, si un débiteur peut être reçu à prouver par témoins, que des quittances excédant 100 liv., ont été brûlées dans l'incendie de sa maison : on soutenait que deux quittances de 115 liv. avaient été brûlées, que la preuve en était admissible par témoins nonobstant l'Ordonnance de Moulins article LIV, ci-dessus rapporté, n. 1, parce qu'elle ne parlait que de ce qui tombe en convention et de ce qui a pu être convenu par des actes et des contrats, ce qui ne pouvait avoir lieu pour des quittances, et pour ce qui concernait la libération d'un débiteur. Que si l'on admettait tous les jours ceux qui ne pouvaient représenter leurs titres pour l'établissement de quelques droits considérables, ou pour en prouver la perte par témoins ; à plus forte raison, cela devait avoir lieu dans les cas malheureux d'incendie d'une maison et de la perte des papiers, lorsqu'il se trouvait des témoins irréprochables, prêts à déposer les avoir vus, lus et savoir ce qu'ils contenaient.

On disait au contraire que les motifs de l'Ordonnance étaient égaux pour la libération et pour la créance ; que celui qui serait reçu à prouver par témoins qu'il avait des quit-

tances, n'aurait pas de peine à se procurer sa décharge ; qu'il y aurait beaucoup de facilité à faire dire ce que l'on voudrait par des gens de campagne ; qu'en tout cas, il fallait prouver que les quittances étaient dans la maison lorsqu'elle avait été incendiée, ce que l'on n'offrait pas de prouver ; et que si le débiteur avait eu soin de faire mettre sur l'obligation les autres payements, il n'était pas à présumer qu'il n'y eût manqué que pour les deux sommes qu'il disait avoir payées.

Sur ces moyens respectifs, le Parlement de Dijon ordonna que devant le premier notaire des lieux non suspect, l'appelant ferait preuve des faits par lui articulés. L'arrêt fut rendu à l'audience publique le 12 juin 1689.

Les observations de Raviot sur cet arrêt, sont que l'Ordonnance qui restreint la preuve ne doit pas être étendue hors son cas, qu'elle n'a eu pour objet que ce qui tombe en convention ; qu'elle n'a fait que renouveler celle de Moulins ; que la perte d'un titre dans un incendie, ne tombe pas en convention ; que c'est un événement imprévu, un cas fortuit et une force majeure ; qu'il ne faut pas soumettre à la rigueur de la loi, un malheur plus digne de compassion que de peine ; et que l'Ordonnance de Moulins, de même que l'article XIV de ce titre, permettent la preuve par témoins, de la perte des registres.

Il y a une distinction à faire : *aliud est probare summam, aut quantitatem sibi debitam, aut probare amissionem instrumenti.* La permission de faire preuve, ne doit être accordée que de la perte du titre ; il ne suffirait pas d'en prouver la teneur, suivant Boiceau sur l'article LIV de l'Ordonnance de Moulins : cet auteur y traite aussi la question de savoir, si les témoins doivent déposer spécialement de la perte du titre, ou de la perte en général de tous les titres. Voyez la Jurisprudence du Code par Ferrière, livre 4, titre 20, n. 12, tom. 1, p. 448.

---

* 1 *Bonnier*, *Des Preuves*, *nº* 99. } 99. Des considérations que nous venons d'exposer, il résulte d'abord une différence générale entre l'esprit qui dirige la preuve en matière civile et l'esprit qui y préside en matière criminelle De plus, cette différence réagit, comme nous le verrons dans le cours de cet ouvrage, sur l'admissibilité des modes de preuve. Ainsi, la délation du serment décisoire, par lequel on tranche les questions d'intérêt purement privé, est inadmissible au criminel, le résultat du procès ne pouvant dépendre d'une transaction. Par le même motif, ni le désistement de la partie civile, ni même l'abandon de l'accusation de la part du ministère public, ne peuvent arrêter la marche du procès criminel. Et en sens inverse, l'abandon de toute défense de la part de l'accusé n'implique point nécessairement sa condamnation, ainsi que cela arriverait pour le défendeur en matière civile. Le juge doit toujours suppléer les moyens de la défense, et même confier, du moins en matière criminelle proprement dite, à un avocat la tâche de les présenter d'office. De même, l'aveu n'a point la même force au criminel qu'au civil. Dans un procès civil, l'aveu termine toute contestation, et l'on peut dire avec Paul (l. I, D., *de confess.*) : *Confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur.* Dans un procès criminel, le simple aveu de l'accusé, s'il n'est appuyé d'aucune probabilité, n'entraîne point sa condamnation : *Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non opportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*, déclare Septime Sévère (Ulp., l. 1, § 17, D., *de quæst.*). On s'explique de la même manière que la faculté de renoncer à la prescription soit admise en matière civile, tandis que les juges doivent suppléer en matière criminelle la prescription, comme tout autre moyen de défense que l'accusé omettrait, même volontairement.

Enfin, on admet dans un procès civil la faculté de corroborer une preuve imparfaite par la déclaration de l'une des parties, c'est-à-dire par le serment supplétoire, tandis que l'esprit de notre procédure pénale repousse, comme nous le ver-

rons, soit la faculté de s'en rapporter au serment de la partie plaignante, soit le serment *purgatoire*, qui se retrouve encore dans le droit commun allemand, c'est-à-dire la délation du serment à l'accusé, non entièrement convaincu, s'il veut obtenir acquittement complet.

---

* 3 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), *sur art.* 1341 *C.N.*, § 596, *note* 1, *p.* 517. } "... De toutes choses..." L'art. 1341 doit en conséquence s'entendre non-seulement des conventions, mais de tout acte juridique en général ayant pour objet une somme d'argent ou une chose appréciable en argent, et même de tout fait qui donne naissance à des droits et à des obligations ayant pour objet de l'argent ou des choses appréciables en argent, et par conséquent aussi d'un payement, Cass., 5 fév. 1812; Turin, 8 juin 1812. [En d'autres termes, en exigeant qu'il soit passé acte de toutes choses, la loi entend parler des choses qui tiennent aux obligations, soit qu'il s'agisse de les former, soit qu'il s'agisse de les exécuter ou de les dissoudre; mais elle n'entend pas parler des simples faits qui, n'impliquant aucune convention, ne sont pas de nature à être constatés par écrit, bien que d'ailleurs ils puissent servir de principe à une obligation, Toullier, 9, n. 20 et s.; Bonnier, n. 99; Massé, 6, n. 173. V. cependant Marcadé, sur l'art. 1341.—Il faut une preuve écrite du payement, parce qu'il n'est pas un simple fait, mais l'exécution ou l'extinction d'une obligation, et qu'il rentre ainsi dans la catégorie des choses dont parle l'article 1341. Il en est ainsi alors même que c'est le créancier lui-même qui se prévaut du payement comme fait interruptif de la prescription, Riom, 4 mai 1841, S. V., 41, 2. 334; Douai, 19 janv. 1842, S. V., 42, 2, 112; Cass., 19 janv. 1845, S. V., 46, 1, 609; Toullier, 9, n. 97; Troplong, *Prescript.*, 2, n. 622; Marcadé, sur les art. 1341 et 1347.—*Contrà*, Bruxelles, 10 déc. 1812; Toulouse, 18 mai 1831, S. V., 31, 2, 302; Caen, 20 mai 1840, S.V., 40, 2, 290.]—L'article 1341 ajoute: "....même pour dépôts volontaires..." pour faire cesser une controverse

que l'ordonnance de 1667 avait déjà décidée dans le même sens, Pothier, *Oblig.*, n. 752. V. aussi article 1348, alin. 2.

---

* 9 *Toullier*, *Contrats*, *nos* 20 *et* 26 *et s.* } 20. Pour se convaincre que la prohibition de l'ordonnance de Moulins n'est qu'une exception à la règle générale, il suffit de peser les expressions de cette loi et de suivre la marche de sa disposition : " De toutes *choses* excédant la somme ou valeur de 100 liv., " seront passés *contrats*, par lesquels *contrats* seulement sera " faite et reçue toute preuve desdites matières, sans recevoir " aucune preuve par témoins."

Remarquons, en passant, que le mot *contrat* est pris ici dans le sens du mot *acte*, ou écrit pour servir de preuve. Les choses dont la preuve par témoins est défendue, sont donc toutes celles qui font ou qui peuvent faire la matière des contrats ou des traités, lorsque leur valeur excède 100 liv.; toutes les choses, comme dit fort bien l'édit perpétuel, *dont nos sujets veulent traiter.* Ce sont donc les conventions et les traités dont la preuve par témoins est défendue, lorsque les choses qui en sont l'objet ou la matière, quelles qu'elles soient, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, *toutes choses*, *en un mot*, lorsque leur valeur excède 100 liv. Et pourquoi cette prohibition ? Parce que les parties ont *pu* et *dû* se procurer une preuve écrite : l'ordonnance commence par le leur commander expressément. Suivons sa marche.

Elle ne dit point, par forme de disposition générale, qu'il ne sera reçu aucune preuve par témoins de toutes choses excédant la valeur de 100 liv. ; c'eût été proscrire la preuve testimoniale dans tous les cas où une demande, quel qu'en fût le fondement, excéderait la valeur de 100 liv.

Ce n'est pas ce que voulait, ce n'est pas ce que devait faire le législateur : il voulait seulement défendre la preuve testimoniale des conventions dont l'objet ou la matière excède

100 liv., parce qu'il est facile aux parties de se procurer une preuve écrite des conventions.

Aussi, remarquez qu'il commence par le leur ordonner. " De toutes choses excédant la valeur de 100 liv. seront passés *contrats*, etc.," c'est-à-dire des actes écrits. Telle est la première disposition de la loi.

Par la seconde, elle avertit les parties qu'il ne sera point reçu d'autres preuves que la preuve écrite dans les contrats ou actes, par lesquels contrats *seulement* sera faite et reçue toute preuve "desdites matières," c'est-à-dire des choses qui font la matière des contrats. (1)

Enfin, par une troisième disposition, la loi défend d'en recevoir la preuve testimoniale, *sans recevoir aucune preuve par témoins.* Remarquez que la défense s'adresse aux juges, comme nous le dirons dans la suite ; car ce sont les juges qui reçoivent la preuve que les parties offrent ou proposent de faire.

26. On voit, au reste, que le Code n'a pas, plus que les lois précédentes, voulu défendre la preuve testimoniale en général, mais seulement dans les cas exceptés.

Il y a même une raison de plus pour le penser ainsi, puisque la disposition de l'art. 1341 est rangée sous le titre *de la preuve des contrats ou des obligations conventionnelles*, au lieu que la disposition de l'ordonnance de 1667 est placée au titre qui traite en général *des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale.*

Enfin, nous avons vu que la preuve testimoniale est d'une telle nécessité, que les hommes ne peuvent s'en passer. Si elle était interdite dans tous les cas, au lieu de prévenir un mal incertain et qui n'est pas sans remède, on ne ferait qu'en autoriser un plus grand, en donnant toutes les chances possibles à la mauvaise foi.

(1) Toutefois l'ordonnance n'avait point voulu proscrire la preuve desdites matières, au moyen de l'interrogatoire sur faits et articles ou du serment. *V.* Danty, addit. sur le ch. 1 de Boiceau, n[os] 17 et suiv. et 29. (DUVERGIER).

On ne pouvait donc l'interdire que dans les cas où les parties ont pu et dû se procurer un autre genre de preuve, une preuve écrite dans laquelle la loi a plus de confiance ; car alors, si elles ne l'ont pas fait, elles sont en faute, et ne peuvent se plaindre de voir rejeter la preuve testimoniale : la loi les en avait averties.

Au contraire, la réprobation formelle de la preuve par témoins, prononcée par la loi d'une manière générale, favoriserait le pyrrhonisme auquel les hommes ne sont que trop enclins, et pourrait produire une fâcheuse impression sur les esprits faibles. Elle tendrait à ébranler les fondements de l'histoire et de la religion, qui ne reposent que sur la foi due aux témoins.

27. Prenons donc pour constant qu'aucune loi n'a défendu la preuve testimoniale en général, mais seulement dans les cas exceptés. L'admission de cette preuve est la règle, la prohibition de la recevoir est l'exception.

Mais aussi la prohibition devient règle générale pour tous les cas qui peuvent se rapporter à l'exception.

---

* 5 *Marcadé, sur art.* 1341 *C. N.* } II.—Ainsi, il est ordonné par notre article de rédiger un écrit pour tout fait présentant un intérêt de plus de 150 francs. Mais ceci ne signifie pas que l'écrit est nécessaire comme condition de validité, et que sans lui le fait resterait sans valeur légale. Il ne s'agit ici que d'une question de preuve, et la pensée de l'article est uniquement que le fait allégué ne pourra pas se prouver par témoins. Cette vérité, qui n'est d'ailleurs contestée par personne, se manifeste suffisamment, et par la seconde phrase de l'article, et par les articles suivants, et par la rubrique de notre section, et surtout par les antécédents du Code. Si donc un fait quelconque, une convention, par exemple, se trouvait établi par l'aveu de l'adversaire, il produirait tout son effet, quoiqu'il n'eût pas été constaté par écrit.

Notre premier principe revient donc à dire que la preuve

testimoniale n'est pas admise, du moment qu'il s'agit d'une somme ou d'une valeur de plus de 150 francs. Nous disons, comme la loi, d'une somme *ou d'une valeur;* car il est bien possible que l'objet réclamé ne soit pas de l'argent. Dans ce cas, c'est au juge de déterminer la valeur de la chose, soit par lui-même, soit au moyen d'une estimation d'experts, s'il en sent la nécessité. Le juge ne pourrait pas, à cet égard, s'en rapporter à l'estimation donnée par les conclusions du demandeur, si l'évaluation était arguée d'inexactitude par l'adversaire.

C'est qu'en effet, pour déterminer si l'intérêt excède ou non 150 fr., et si la preuve testimoniale est ou non admissible, il ne faut pas, comme l'enseigne à tort M. Duranton (XIII, 306), considérer le montant *de la demande* que forme le réclamant, mais bien le *quantum* réel et intégral du droit résultant pour lui du fait qu'il veut prouver. Ainsi, quand je vous ai prêté, sans écrit, 160 francs, que vous niez avoir reçus, et que je viens vous demander 140 francs, ma demande ne sera pas reçue, si j'avoue que, bien que je ne réclame que 140 francs, vous m'en devez cependant 160;—ou si je dis que vous m'avez déjà rendu 20 francs et que les 140 sont le reste de ce que vous me deviez d'abord;— ou s'il s'agit d'un objet que j'estime 140 francs, mais que l'on reconnaît en valoir 160;—ou enfin si, malgré mon affirmation que vous ne m'avez jamais dû que 140 francs, il résulte des dépositions des témoins que votre dette était bien de 160 francs.

Cette dernière idée a été contredite par M. Maleville (art. 1344), dont l'erreur, à cet égard, est reconnue par tous les auteurs, même par M. Duranton (ainsi que nous le verrons en expliquant cet art. 1344); mais elle est aussi certaine que les autres, et il faut dire, d'une manière générale, que ce n'est jamais par les conclusions du demandeur, par le chiffre de la demande, qu'on doit se déterminer, comme on le fait quand il s'agit de fixer la compétence, mais bien par la quotité de l'intérêt résultant du fait contesté. La preuve s'en trouve d'abord dans notre article, qui, lorsqu'il ordonne de

passer acte pour plus de 150 francs, le fait en se reportant au moment même où s'accomplit l'événement générateur du droit, et nullement à l'époque du procès qui pourra s'élever plus tard. Elle se trouve également, et dans l'article 1343, qui dispose que ma demande sera rejetée, alors même qu'après vous avoir demandé les 160 francs que vous me devez je me réduirais à vous en demander 140 et voudrais faire preuve pour ces 140 seulement ; et dans l'art. 1344, d'après lequel ma demande, quoique inférieure à 150 francs, doit néanmoins être rejetée du moment qu'il est reconnu que la somme demandée se trouve faire partie ou être le restant d'une somme excédant 150 francs.

M. Duranton est donc dans l'erreur, ou du moins s'exprime fort inexactement, lorsque, pour arriver à une autre solution, que nous examinerons sous l'art. 1348, il dit (*loc. cit.*) que celui *qui ne demande pas* au delà de 150 francs peut prouver par témoins ; qu'en cette matière il ne faut pas voir la convention, mais au contraire l'*objet de la demande*, et que cette demande peut se prouver par témoins, toutes les fois que la preuve ne tendrait pas *à faire obtenir plus de* 150 francs. Cette erreur avait été évitée par Toullier, qui expose clairement la doctrine contraire (IX, 12 et suiv.)

III.—Il est bien certain aussi, il est même évident que, quand le droit contesté repose sur le fait d'un payement effectué, c'est l'importance du droit réclamé qu'il faut considérer, et nullement l'importance de la somme dont le payement est invoqué comme fait générateur ou conservateur de ce droit. Ainsi, par exemple, vous prétendez éteinte par prescription la créance de 2000 francs dont je viens vous demander le remboursement ; je réponds que cette créance existe toujours, que sa prescription ne s'est pas accomplie, attendu qu'elle a été interrompue par un payement d'intérêts que vous m'avez fait dans le cours des trente ans voulus pour prescrire, et j'offre de prouver par témoin ce payement interruptif de la prescription et conservateur de mon droit. Le témoignage par moi offert est-il admissible, vu que le payement à prouver

n'est que de 100 francs ? Il est bien clair que non, puisque le droit, l'intérêt, à la constatation duquel je veux arriver, n'est pas de 100 francs, mais de 2000 francs. Sans doute, si c'était mon débiteur qui offrît de prouver le payement des 100 francs pour établir qu'il est libéré d'une année d'intérêts que je lui demanderais, le témoignage serait admissible, puisqu'il s'agirait de prouver une *libération* de 100 francs ; mais quand j'invoque ce même payement pour prouver l'existence de ma créance, il est palpable que le chiffre de la somme que je prétends avoir été payée est complétement insignifiant, et que c'est le montant de la créance réclamée qu'il faut considérer. Or ce montant étant de 2000 francs, la preuve testimoniale est donc inadmissible.

Ce point est trop évident pour faire question, et nous n'en parlerions même pas si nous ne lisions dans Delvincourt (sect. 2, note du *quatrième alinéa*) et dans M. Zachariæ (V. p. 708, nº 25) qu'il a été décidé en sens contraire par les deux arrêts, cités au nº I, de Bruxelles et de Toulouse. Mais ces arrêts ne disent rien de semblable ; ils décident seulement la question que nous avons examinée en terminant ce nº I, et c'est par erreur qu'on les indique comme jugeant aussi le point dont nous parlons ici.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *nº* 784 *et s.* } La *preuve vocale* ou *testimoniale* est celle qui se fait par la déposition des témoins.

Art. Ier.—*Principes généraux sur les cas auxquels cette preuve est admise.*

784. La corruption des mœurs et les exemples fréquents de subornation de témoins, nous ont rendus beaucoup plus difficiles à admettre la preuve testimoniale que ne l'étaient les Romains.

Pour prévenir cette subornation de témoins, l'ordonnance de Moulins de l'an 1566, art. 54, ordonne que "de

" toutes les choses excédant la valeur de 100 liv., soient passés
" contrats, par lesquels seulement sera reçue toute preuve
" desdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins
" outre le contenu auxdits contrats."

Cette disposition a été confirmée par l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, qui s'exprime ainsi : " Seront passés actes
" devant notaires ou sous signature privée de toutes les
" choses excédantes la valeur de 100 liv., et ne sera reçue au-
" cune preuve par témoins contre et outre le contenu des
" actes, encore qu'il s'agît d'une somme moindre de 100 liv."

Dans l'article suivant, l'ordonnance excepte les cas d'accidents imprévus, et les cas auxquels il y a un commencement de preuve par écrit.

Il y a aussi dans le premier article une exception à l'égard de ce qui s'observe dans les juridictions des consuls.

De ces dispositions de l'ordonnance, on peut tirer quatre principes généraux, qui décident les cas dans lesquels la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée.

Ces principes sont : 1° Celui qui a pu se procurer une preuve littérale, n'est pas admis à faire preuve testimoniale, lorsque la chose excède 100 liv., s'il n'a un commencement de preuve par écrit.

2° Lorsqu'il y a un acte par écrit, ceux qui ont été parties, ni leurs héritiers et successeurs, ne peuvent être admis à la preuve testimoniale contre et outre cet acte, quand même la chose n'excéderait pas 100 liv., s'ils n'ont un commencement de preuve par écrit.

3° On est admis à la preuve testimoniale des choses dont on n'a pu se procurer une preuve littérale, à quelques sommes qu'elles puissent monter.

4° Pareillement, lorsque par un cas fortuit et imprévu, avoué entre les parties, ou prouvé, la preuve littérale a été perdue, on est admis à la preuve testimoniale, à quelque somme que la chose puisse monter.

[ARTICLE 1233.]

Art. II. — Premier principe. — *Celui qui a pu se procurer une preuve par écrit, n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses qui excèdent cent livres.*

785. L'ordonnance de Moulins dit : " Ordonnons que de " toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 liv., pour " une fois payer, seront passés contrats, etc."

L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, dit : " Seront passés " actes de toutes choses excédant la valeur de 100 liv."

Quoique l'ordonnance de Moulins n'eût pas dit *de toutes conventions*, mais se fût servie du terme de *choses*, qui est un terme plus général que celui de *conventions*, néanmoins, les commentateurs de cette ordonnance pensaient qu'elle ne renfermait sous sa disposition que les conventions, parce que cette ordonnance dit, seront passés *contrats*, et que ce terme de *contrats* ne renferme que les conventions.

L'ordonnance de 1667 ayant évité de se servir de ce terme de *contrats*, et ayant dit, *seront passés actes de toutes choses*, on ne doit pas douter que sa disposition ne renferme non-seulement les conventions, mais généralement toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve, a pu s'en procurer une par écrit.

Par exemple, quoique le paiement d'une dette ne soit pas une convention, néanmoins le débiteur qui le fait, pouvant en retirer un acte par écrit, c'est-à-dire une quittance, il n'est pas admis à en faire la preuve par témoins, lorsque ce paiement excède 100 liv.

786. On a douté, avant l'ordonnance de 1667, si le dépôt volontaire était compris dans la disposition de l'ordonnance de Moulins, qui ordonne qu'il sera dressé acte de toutes choses excédant 100 liv., et en exclut la preuve testimoniale.

La raison de douter était qu'on ne fait pas ordinairement d'acte par écrit de dépôts ; que celui qui prie son ami de se charger de la garde des choses qu'il lui confie, n'ose pas ordinairement demander une reconnaissance à ce dépositaire, qui ne se charge de ce dépôt que pour lui faire plaisir.

Nonobstant ces raisons, l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, a décidé que le dépôt volontaire était compris dans la règle générale, et que la preuve par témoins n'en devait pas être admise; parce que celui qui a fait le dépôt a dû ou ne point faire le dépôt, que rien ne l'obligeait de faire; ou lorsqu'il l'a fait, en demander une reconnaissance au dépositaire: faute par lui de le faire, il doit courir les risques de la foi du dépositaire; et il doit s'imputer d'avoir eu trop facilement confiance en lui, s'il lui manque de fidélité.

Quelques arrêts, avant l'ordonnance de 1667, avaient aussi admis la preuve par témoins de prêts à usage, parce que ce prêt, de même que le dépôt, se fait ordinairement entre amis, sans en retirer de reconnaissance par écrit.

Mais l'ordonnance de 1667 ayant déclaré que le dépôt volontaire était compris dans la loi générale qui exige une preuve par écrit, on doit conclure, à plus forte raison, la même chose du prêt à usage, puisqu'on se fie autant à celui à qui on fait un dépôt, qu'à celui à qui on prête; et celui qui fait un dépôt a encore plus lieu de craindre d'offenser son ami, en lui demandant une reconnaissance, que celui qui prête.

787. On a fait aussi la question, si les marchés faits dans les foires et marchés doivent être compris en la disposition de l'ordonnance ?

La raison de douter était que ces marchés se font pour l'ordinaire verbalement; qu'on n'a pas un notaire présent, lorsqu'on les fait, pour les rédiger par écrit.

Néanmoins on a décidé que ces marchés doivent y être compris, parce qu'y ayant aujourd'hui des notaires établis dans les plus petits lieux, et par conséquent dans tous les lieux où se tiennent les foires, il n'est pas trop difficile aux parties, lorsqu'elles font un marché à crédit, d'appeler un notaire pour le rédiger, si elles ne savent pas écrire.

C'est l'avis de Boiceau, 1, 9.

Observez néanmoins qu'à l'égard des marchés qui se font de marchands à marchands, soit dans les foires, soit hors des

foires, les juges-consuls qui en connaissent ne sont astreints à la disposition de l'ordonnance, et qu'ils peuvent, selon les circonstances, en admettre la preuve par témoins, quoique l'objet excède la somme de 100 liv.

Il paraît par le procès-verbal de l'ordonnance de 1667, que les juges-consuls s'étaient maintenus dans cet usage malgré l'ordonnance de Moulins : celle de 1667 les y maintient expressément par ces termes en fin de l'art. 2, *sans rien innover à ce qui s'observe en la juridiction des consuls.*

788. Lorsqu'une personne demande des dommages et intérêts qu'il prétend lui être dus pour l'inexécution d'une convention verbale " de faire ou de ne pas faire quelque chose," et qu'il est incertain si la valeur de ces dommages et intérêts doit monter ou non à une somme de 100 liv., le demandeur, pour être admis à la preuve testimoniale de la convention dont l'inexécution donne lieu aux dommages et intérêts prétendus, doit restreindre sa demande pour les dits dommages et intérêts à une somme certaine qui n'excède pas celle de 100 liv.

Il doit même la restreindre d'abord : car, s'il avait une fois conclu à une somme plus grande, ayant reconnu lui-même que l'objet de la convention excédait 100 liv., et que la convention étant par conséquent comprise dans la disposition de l'ordonnance, il ne serait pas, en se restreignant par la suite, recevable à offrir la preuve testimoniale.

On peut tirer, pour cette décision, argument d'un arrêt du 17 décembre 1638, rapporté par Bardet, VII, 46, dans l'espèce duquel un tailleur qui avait demandé une somme de 200 liv. à une veuve, pour fournitures d'habits à son mari, fut exclu de la preuve testimoniale qu'il offrait de faire, " que cette veuve avait répondu de la dette," quoiqu'il se restreignît à 100 liv.

789. Je vous demande 60 liv. restant du prix d'une chose que je prétends vous avoir vendue pour le prix de 200 livres. Vous niez avoir rien acheté de moi : dois-je être admis à la preuve par témoins de cette vente ?

Boiceau (I, 18) décide pour l'affirmative.

Il cite des lois qui ne me paraissent pas avoir d'application. Il est bien vrai que, lorsqu'il s'agit de décider de la compétence d'un juge qui ne peut juger que jusqu'à une certaine somme, *quantùm petatur quærendum est, non quantum debeatur* (L. 19, § 1, ff. *de Jurisdict.*); parce que le juge ne juge que de ce qui est demandé. Mais, dans cette espèce-ci, pour savoir si la preuve de la convention doit être permise au demandeur, il faut savoir si c'est une convention dont l'ordonnance l'obligeait de faire dresser un acte par écrit. Or, cela se décide par ce qui faisait l'objet de la convention qui excédait 100 liv., et non par ce qui en reste dû ; il ne peut donc pas être admis à la prouver par témoins, quoiqu'il ne reste dû que 60 livres.

C'est l'avis du commentateur sur Boiceau.

Par la même raison, si, comme héritier pour un quart de mon père, je vous demande 50 liv. pour le quart d'une somme de 200 liv. que je prétends vous avoir été prêtée par mon père, je ne serai pas admis à la preuve par témoin du prêt.

790. Mais si, dans l'un et l'autre cas, le demandeur offrait la preuve testimoniale, non de la vente faite pour le prix de 200 livres, non du prêt de 200 liv. fait par le défunt, mais de la promesse que lui aurait faite le défendeur, de lui payer les 60 liv. qui restaient dues du prix de cette vente, ou les 50 liv. qui lui étaient dues pour son quart, je pense qu'il devrait être reçu à la preuve : car cette promesse est une nouvelle convention confirmative de la première ; et l'objet de cette nouvelle convention n'excédant pas 100 liv., rien n'empêche que la preuve testimoniale en puisse être admise. (1)

791. Lorsque plusieurs créances n'excèdent pas chacune la somme de 100 liv., mais toutes ensemble l'excèdent, la preuve par témoins de toutes ces créances est-elle recevable ?

Il semblerait qu'elle le devrait être ; car, l'ordonnance n'ayant ordonné de dresser des actes que des choses qui excèdent la somme de 100 liv., il semble qu'on ne peut imputer

(1) Voy. Marcadé, cité sur art. 1234 C. C. B. C.

au demandeur de ne s'en être pas procuré une preuve par écrit, et que la preuve testimoniale n'en peut être refusée.

Néanmoins l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 5, décide qu'elle doit être refusée ; car l'esprit de l'ordonnance, en défendant cette preuve, ayant été que les particuliers ne fussent pas exposés aux risques de la subornation des témoins pour des sommes considérables, et excédant 100 livres, qui leur seraient demandées par des fripons, elle doit être refusée, soit que cette somme soit prétendue pour une seule ou pour plusieurs causes, étant aussi facile de suborner des témoins qui déposent de plusieurs fausses créances, que d'en suborner qui déposent d'une seule.

A l'égard de l'objection, la réponse est que le créancier n'est pas obligé de se procurer une preuve littérale tant que ses créances n'excèdent pas 100 livres ; mais lorsqu'à celles qui n'excèdent pas cette somme, il en ajoute une nouvelle qui fait monter le total de toutes ses créances à plus de 100 livres, doit en faire dresser un acte.

L'ordonnance apporte une exception ; savoir, lorsque les créances ou droits procèdent de personnes différentes.

C'est pourquoi je puis être reçu à la preuve d'un prêt de 60 livres que je vous demande de mon chef, et d'un autre de 80 livres que je vous demande comme héritier de mon père, par qui je prétends que cette somme vous a été prêtée, quoique ses sommes excèdent 100 livres.

ART. III.—SECOND PRINCIPE.—*Que la preuve testimoniale n'est pas admise contre un écrit, ni outre ce qui y est contenu.*

792. La preuve littérale l'emporte dans notre droit sur la testimoniale.

C'est pourquoi l'ordonnance défend d'admettre la preuve testimoniale contre ce qui est contenu dans un écrit.

Par exemple, si j'ai fait mon billet par lequel "j'ai reconnu devoir à quelqu'un 66 livres qu'il m'a prêtées, que je promets lui rendre dans deux ans," je ne serai pas reçu à prouver par témoins que je n'en ai reçu que 60, et que le surplus était

pour des intérêts qu'il m'a fait comprendre dans mon billet; car cette preuve serait contraire à ce qui est contenu dans un écrit : je dois m'imputer d'avoir fait ou écrit ce billet.

793. L'ordonnance ne se contente pas d'exclure la preuve par témoins de ce qui serait directement contraire à un acte; elle ne permet pas de l'admettre *outre* le contenu des actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit, *lors*, *avant* ou *depuis*.

Car, puisqu'on avait dressé un acte, la partie doit s'imputer de n'y avoir pas fait alors exprimer ce qu'elle allègue aujourd'hui.

Par exemple, le débiteur ne sera pas reçu à prouver par témoins qu'il lui a été accordé un certain terme pour le paiement, s'il n'en est rien exprimé dans l'acte; aucune des parties ne sera reçue à prouver qu'on est convenu d'un certain lieu pour le paiement, si l'acte n'en porte rien.

A plus forte raison, le créancier ne sera pas admis à prouver par témoins qu'il lui est dû plus que ce qui est porté par l'acte.

794. Ce serait vouloir prouver quelque chose outre le contenu d'un acte, que de demander à prouver ce qui est contenu dans une apostille ou renvoi non signé, ni au moins parafé des parties, quoique écrit de la main du notaire; car ces apostilles ou renvois non signés, ni au moins parafés, ne peuvent être censés faire partie de l'acte.

Putà, si, en marge d'un bail à ferme par lequel le preneur s'oblige de payer 600 livres de ferme par chaque année, il y avait un renvoi, *plus six chapons*, le bailleur ne serait pas reçu à prouver par témoins que le preneur est convenu de lui payer lesdits chapons; Danty, 11, 4, *in fin.*

Quid, si le renvoi était écrit de la main du preneur? Voyez *suprà*, n° 762.

795. Lorsqu'il y a un acte par écrit d'un marché, et qu'on n'y a pas exprimé le temps et le lieu où il a été fait, peut-on être admis à la preuve testimoniale du temps et du lieu?

Par exemple, lorsqu'un débiteur demande à être admis au

bénéfice de cession, le créancier, pour l'en faire débouter, peut-il être admis à prouver par témoins que le marché qui fait la cause de sa créance, et dont il y a un acte par écrit, a été fait en foire, quoique cela ne soit pas exprimé par l'acte ?

Danty (1, 9, *in fine*) décide qu'il peut être admis à cette preuve, et que cette preuve du lieu où le marché s'est fait, n'est pas une preuve outre le contenu de l'acte ; le lieu et le temps auquel un marché est fait, n'étant que des circonstances extérieures de la convention, et ne faisant pas partie de la convention contenue dans l'acte. Cette décision souffre difficulté.

796. Toute preuve testimoniale étant interdite outre le contenu d'un acte, une partie ne serait pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ni même les notaires qui l'ont reçu, pour expliquer ce qui y est contenu, et déposer de ce dont on est convenu lors de sa confection ; Domat, p. 1, l. 3, t. 6, sect. 2, nº 7,

797. Cette défense de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, a lieu indistinctement, quand même la chose serait au-dessous de la valeur de 100 livres.

L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, s'en explique formellement.

798. Celui qui, par un acte, est débiteur d'une somme moindre de 100 livres, peut-il être reçu à prouver par témoins le paiement de cette dette, ou de partie ?

Il semble qu'il doit être admis, et que la disposition de l'ordonnance qui défend la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ne reçoit ici aucune application : car le débiteur, en demandant à prouver ce paiement, ne demande pas à prouver une chose contraire à l'acte qui renferme son obligation ; il n'attaque point cet acte, il convient de tout ce qui y est contenu.

Ce n'est donc point une preuve *contre* l'acte qu'il demande à faire, de laquelle on puisse dire que l'ordonnance l'a exclu.

Cependant je vois que, dans l'usage, soit par une mauvaise interprétation qu'on a donnée à l'ordonnance, soit pour quel-

que autre raison, on refuse la preuve testimoniale des paiements d'une dette dont il y a un acte par écrit.

799. Observez que l'ordonnance n'exclut la preuve par témoins contre le contenu aux actes, que parce qu'il a été au pouvoir des parties de se procurer par des contre-lettres une preuve par écrit.

Mais si une partie alléguait, contre un acte, des faits de violence exercée contre elle, pour la contraindre à passer l'acte; des faits de dol par lesquels elle prétendrait qu'on aurait surpris son consentement ou sa signature, et autres faits semblables, comme il n'a pas été en son pouvoir d'avoir une preuve par écrit de ces faits, il n'y a pas de doute qu'elle doit être admise à les prouver par témoins, quoique ce soit par la voie civile qu'elle se soit pourvue contre l'acte.

A plus forte raison, lorsqu'il y a lieu de se pourvoir par la loi criminelle, comme lorsqu'on allègue qu'un acte renferme quelqu'une de ces usures énormes qui méritent d'être poursuivies extraordinairement.

800. Il reste à observer que la défense de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, ne regarde que les personnes qui y ont été parties, lesquelles doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui est compris, et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir omis quelque chose de ce qui devait y être compris ; mais cette défense ne peut concerner les tiers, en fraude desquels on pourrait énoncer dans ces actes des choses contraires à la vérité de ce qui s'est passé ; car, rien ne pouvant être imputé à ces tiers, on ne doit pas leur refuser la preuve testimoniale de la fraude qui leur est faite, puisqu'il n'a pas été en leur pouvoir d'en avoir une autre.

C'est pourquoi un seigneur peut être reçu à prouver par témoins contre un contrat de vente, que l'héritage a été vendu pour un prix plus considérable que n'est celui qui a été exprimé, dans la vue de diminuer les profits qui lui sont dus.

Vice versâ, un lignager sera admis à prouver par témoins

que l'héritage a été vendu pour un prix moins considérable que celui qui a été exprimé, et que le prix a été grossi en fraude du droit de retrait.

On peut apporter beaucoup d'autres exemples de ces fraudes.

ART. IV.—*Du commencement de preuve par écrit.*

801. Un premier genre de *commencement de preuve par écrit*, est lorsqu'on a contre quelqu'un, par un écrit authentique où il était partie, ou par un écrit privé, écrit ou signé de sa main, la preuve, non à la vérité du fait total qu'on a avancé, mais de quelque chose qui y conduit ou en fait partie.

Il est laissé à l'arbitrage du juge de juger du degré de commencement de preuve par écrit, pour, sur ce degré de preuve, permettre la preuve testimoniale.

Boiceau rapporte plusieurs exemples de ce commencement de preuve par écrit.

Premier exemple : Vous m'assignez pour délaisser un héritage dont je suis en possession ; j'excipe que vous me l'avez vendu, et que je vous ai payé le prix ; je n'en ai d'autre preuve qu'un écrit signé de vous, par lequel vous m'avez promis de me le vendre pour un certain prix.

Cet acte ne prouve pas la vente, ni encore moins le paiement du prix ; mais cet acte, joint à la possession en laquelle je me trouve de l'héritage, forme, suivant cet auteur, un commencement de preuve suffisant pour m'admettre à la preuve testimoniale de la vente ; Boiceau, 11, 10.

Danty, *ibidem*, observe que cette décision doit souffrir exception dans le cas auquel la promesse de vendre porterait " qu'il serait passé contrat de vente devant notaire " ; car, les parties ayant déclaré que leur volonté était qu'il fût passé un acte devant notaires, on ne doit pas croire que la vente se soit ensuivie, s'il n'en paraît un acte devant notaires.

Je pense que, même dans le cas auquel la promesse de vente ne porterait pas qu'il serait passé contrat devant notaires, le juge devrait être très réservé à le regarder comme un commencement de preuve testimoniale de la vente ; et

qu'il ne devrait pas l'admettre, si l'héritage était un peu considérable; n'étant pas présumable qu'on vende un héritage un peu considérable verbalement, et sans en faire un acte.

Second exemple : Je vous demande cinquante écus pour le prix de certaines marchandises que je vous ai vendues et livrées; je n'ai pas d'autre preuve que votre billet, qui porte: *Je promets payer à un tel la somme de* 150 *livres pour le prix de telles marchandises qu'il me livrera.*

Ce n'est pas une preuve complète de ma créance, puisque ce billet ne prouve pas que j'aie livré les marchandises; mais c'est un commencement de preuve, qui doit faire admettre la preuve testimoniale de la livraison; Boiceau, *ibid*, Danty.

Troisième exemple : Vous m'avez passé une procuration *ad resignandum* de votre office. Avant que j'aie obtenu des provisions, vous la révoquez. Je soutiens que vous m'avez vendu cet office pour la somme de tant, que je vous ai payée; et qu'en conséquence vous ne pouvez révoquer cette procuration qu'en me rendant ce prix.

Je n'ai d'autre preuve de tout ce que j'avance, que la procuration *ad resignandum* que vous m'avez passée.

Cette procuration ne forme pas une preuve de la vente, ni encore moins de la numération du prix; mais c'est la preuve d'un fait qui y a rapport, qui peut passer par conséquent pour un commencement de preuve, et qui doit me faire admettre à la preuve testimoniale de la vente et de la numération du prix.

C'est l'avis de Loyseau, en son *Traité des Offices*, 1, 11, 61, cité par *Danty*, 11, 1, 14.

802. *Quatrième exemple :* Vous m'avez écrit une lettre par laquelle vous me priez de compter à votre fils, porteur de la lettre une somme de 150 livres dont il a besoin pour ses études : je vous assigne pour me la rendre.

J'ai omis de tirer un reçu de votre fils; mais j'ai votre lettre qu'il m'a remise.

Cette lettre, dont je suis porteur, ne fait pas une preuve entière que j'ai compté cette somme suivant votre ordre; mais

c'est un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve par témoins.

Si celui à qui la lettre était écrite n'ayant pas voulu compter la somme, votre fils se fût adressé à un autre à qui il aurait remis la lettre, et qui lui aurait compté la somme, cette lettre, dont ce tiers à qui elle n'a pas été écrite, serait porteur, ferait une moindre preuve que dans l'espèce précédente; néanmoins Danty (11, 2, 11) la juge, même dans ce cas, suffisante pour faire admettre ce tiers à la preuve par témoins.

Si la personne à qui je vous ai écrit de compter cette somme, était une personne contre qui j'en dusse avoir la répétition; faute par vous d'en avoir tiré le reçu, vous ne serez pas admis à la preuve testimoniale contre moi; car, en vous accordant que vous l'avez comptée, vous ne pouvez me la demander, faute d'avoir retiré le reçu qui m'est nécessaire pour la répéter.

803. Si j'ai prêté à un mineur une somme d'argent dont je lui demande le paiement, prétendant qu'elle a tourné à son profit; le billet que j'ai de lui, qui constate le prêt, ne doit pas être regardé comme un commencement de preuve suffisant pour me faire admettre à la preuve par témoins que le mineur a employé utilement la somme; car ce serait donner facilité aux usuriers de prêter de l'argent aux mineurs, et de le répéter en supposant de faux témoins qui déposeraient de l'emploi; Danty, 11, 4, 3.

804. Un second genre de *commencement de preuve par écrit*, est lorsque j'ai contre quelqu'un, par un écrit authentique où il était partie, ou par un écrit signé de lui, la preuve qu'il est mon débiteur, sans avoir la preuve de la somme : c'est un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve par témoins de la somme.

Premier exemple : Je vous demande le paiement d'une somme de cent écus; j'ai votre billet, qui porte : *je promets payer à un tel la somme de cent qu'il m'a prêtée ;* le mot d'*écus* a été omis dans le billet.

Vous prétendez ne m'avoir emprunté que cent sous, que vous m'offrez.

Votre billet est un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve testimoniale de cent écus.

Nota que, faute de la faire, je ne pourrais demander que cent sous, suivant la règle : *Semper in obscuris quod minimum est sequimur.*

Observez aussi que, pour que je sois admis à la preuve testimoniale, il faut qu'il y ait de la vraisemblance dans la somme que je prétends vous avoir prêtée ; c'est pourquoi, dans l'espèce proposée, je ne serais pas admis à prouver par témoins que je vous ai prêtée une somme de cent mille livres.

Autre exemple de commencement de preuve par écrit : Je vous demande cent pistoles que je prétends vous avoir données en dépôt : je n'ai point d'acte de ce dépôt ; mais j'ai votre billet par lequel vous vous reconnaissez mon débiteur, sans exprimer de quelle somme, par ces termes *je vous satisferai sur ce que vous savez*,

Cette lettre ne contient pas la preuve du dépôt de cent pistoles, mais elle prouve que vous êtes mon débiteur, ce qui est un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve testimoniale ; arrêt rapporté par Chassanée, et cité par Danty, 11, 1, 14.

805. Les écritures privées qui ne sont pas signées, forment contre celui qui les a écrites, un troisième genre de *commencement de preuve par écrit* de ce qu'elles contiennent.

Par exemple, je demande à quelqu'un trente pistoles que je prétends lui avoir prêtées ; je rapporte un billet par lequel il reconnaît le prêt, lequel est écrit de sa main et daté, mais n'est pas signé.

Ce billet ne suffit pas pour justifier le prêt ; mais il peut, suivant les circonstances, former un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve par témoins.

A plus forte raison, la quittance écrite de la main du créancier, quoique non signée, dont le débiteur est en possession, est un commencement de preuve par écrit du paiement, qui doit faire admettre le débiteur à la preuve testimoniale, la preuve de la libération étant encore plus favorable ; Danty, 11, 1, 7.

Observez néanmoins que, pour qu'une quittance non signée fasse un commencement de preuve par écrit du paiement d'une dette, il faut que la dette, en acquit de laquelle le paiement est fait, y soit exprimée ; un reçu vague non signé ne fait aucun commencement de preuve par écrit ; Danty, *ibid.*

En certains cas même, la quittance non signée peut faire preuve entière, comme lorsqu'elle est écrite sur le livre-journal du créancier, ou au dos de la promesse.

806. Suivant les principes que nous venons d'exposer, le commencement de preuve par écrit doit résulter, ou d'un acte public dans lequel celui contre qui on veut faire la preuve ait été partie, ou d'un acte privé signé de lui, ou du moins écrit de sa main.

L'acte écrit par celui qui demande à faire preuve, ne peut pas lui servir de commencement de preuve, parce qu'on ne peut pas se faire de titres à soi-même.

Il faut néanmoins excepter de cette décision les livres des marchands, lesquels, lorsqu'ils sont en règle, font un commencement de preuve en faveur de ceux qui les ont écrits, comme nous l'avons observé ci-dessus, ch. 1, art. 2, § 4

807. L'écrit d'un tiers ne peut faire le commencement de preuve par écrit que demande l'ordonnance ; car ce tiers n'est que comme un témoin ; et ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équipoler qu'à une preuve testimoniale.

De là naît la décision de la question, si la reconnaissance qu'une veuve a faite par son inventaire d'une dette de communauté, doit être regardée comme un commencement de preuve par écrit contre les héritiers de son mari ?

Je ne le pense pas : car la veuve ne peut être regardée que comme un témoin vis-à-vis des héritiers du mari, pour la part qui leur est demandée ; et, par conséquent, la reconnaissance qu'elle fait par l'inventaire, n'équipolle, vis-à-vis des héritiers, qu'à une déposition de témoins, et ne paraît pas devoir former contre eux un commencement de preuve par écrit.

Néanmoins, Vrevin, sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, rapporte un arrêt qui, en conséquence d'une pareille reconnaissance de la veuve, a admis à la preuve par témoins contre les héritiers ; mais cet arrêt a été rendu dans un temps auquel les esprits n'étaient pas encore bien accoutumés à la disposition de l'ordonnance de Moulins : cette ordonnance était regardée alors comme une loi contraire au droit commun, et qui ne pouvait être trop restreinte.

Il en est de même de la reconnaissance que l'un des héritiers ferait de la dette du défunt ; elle ne sert pas de commencement de preuve contre ses co-héritiers.

808. De là naît encore la décision de la question, si un acte reçu par un notaire incompétent, fait un commencement de preuve par écrit, de ce qui y est contenu, contre les parties qui sont dites par cet acte avoir contracté, lorsque cet acte n'est pas signé par les parties, qui ne savaient pas signer ?

Je ne le pense pas ; car ce notaire incompétent, étant personne privée dans le lieu où il a instrumenté, son acte ne peut équipoller qu'à une déposition de témoins, lorsque les parties ne l'ont pas souscrit.

Si les parties l'avaient souscrit, il vaudrait comme écriture privée, suivant que nous l'avons dit *suprà*.

Je pense qu'il faut dire la même chose lorsque l'acte pèche dans sa forme, par le défaut de quelque formalité ; comme si le notaire l'a reçu sans se faire assister de témoins : car le notaire ne s'étant pas comporté comme personne publique, son acte ne peut passer pour l'attestation d'une personne publique, et il n'équipolle qu'à une simple déposition de témoin, *suprà*, nº 774, *in fin*.

ART. V.— TROISIÈME PRINCIPE. — *Celui qui n'a pas pu se procurer une preuve littérale, doit être admis à la preuve testimoniale.*

809. L'ordonnance de Moulins, confirmée par celle de 1667, en ordonnant qu'il serait dressé des actes, n'a pas entendu exiger l'impossible, ni même exiger des choses trop difficiles, et qui gêneraient ou empêcheraient le commerce ; c'est pourquoi elle n'a interdit la preuve testimoniale qu'à ceux qui ont pu s'en procurer facilement une littérale.

Toutes les fois donc qu'il n'a pas été au pouvoir du créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, la preuve testimoniale du fait qui l'a produite, ne peut lui être refusée, à quelque somme que puisse monter l'objet de cette obligation.

810. Suivant ce principe, la preuve testimoniale des délits et quasi-délits ne peut jamais être refusée à celui envers qui ils ont été commis, à quelque somme que puisse monter la réparation par lui prétendue ; car il est évident qu'il n'a pu être en son pouvoir de s'en procurer une autre preuve.

811. Par la même raison, chacun est admis à la preuve testimoniale des fraudes qu'on lui a faites.

Per exemple, on doit permettre la preuve par témoins des pactions secrètes pour faire passer les biens d'un défunt à une personne prohibée, en fraude de ses héritiers ; car il est évident qu'il n'est pas au pouvoir des héritiers d'avoir la preuve par écrit de cette fraude.

812. Il en est de même de l'obligation qui naît d'un quasi-contrat : comme cette obligation se contracte sans le fait de celui envers qui elle est contractée, et qu'il n'a pas été en son pouvoir de s'en procurer une preuve littérale, on ne peut lui refuser la preuve testimoniale du fait qui l'a produite.

Par exemple, si quelqu'un, pendant mon absence, a fait valoir mes terres, a fait la moisson, les vendanges, a vendu les blés et les vins qui en sont provenus, il doit me rendre compte de cette administration.

S'il disconvient de cette administration, la preuve testimoniale ne m'en peut être refusée ; car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve.

813. Il y a aussi quelques conventions qui se font en de certaines circonstances qui ne permettent guère qu'on en puisse faire un acte par écrit lorsqu'elles interviennent, et dont, en conséquence, l'ordonnance de 1667 a permis la preuve testimoniale, à quelque somme que se monte ce qui en fait l'objet.

Tels sont les dépôts nécessaires en cas d'incendie, ruine, tumulte, naufrage.

L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 3, les excepte expressément de la disposition qui exclut la preuve par témoin au delà de 100 livres.

Par exemple, si, dans l'accident d'un incendie ou de la ruine d'une maison qui vient à s'écrouler, celui qui l'habite dépose avec précipitation chez ses voisins les meubles qu'il a sauvés des flammes ou de la ruine, et que ses voisins disconviennent du dépôt, il sera admis à la preuve par témoins des choses qu'il leur a confiées, à quelque somme que puisse en monter la valeur : car la précipitation avec laquelle il a été obligé de faire ce dépôt, ne lui a pas permis de s'en procurer une preuve par écrit.

Il en est de même lorsque, dans le temps d'une émeute ou d'une incursion d'ennemis, je détourne par une porte de derrière mes meubles, que je confie au premier venu, pour les sauver du pillage des ennemis ou des séditieux prêts à entrer dans ma maison ; ou lorsqu'un vaisseau étant échoué sur le rivage, je confie mes marchandises à la hâte à ceux qui se présentent : en tous ces cas, il est évident qu'on n'a pas pu se procurer une preuve par écrit de ces dépôts ; car c'est pour cela que l'ordonnance de 1667 en permet la preuve par témoins.

814. Par une raison semblable, la même ordonnance, au même titre, art. 4, permet la preuve par témoins des dépôts faits par les voyageurs aux hôtes et hôtesses des hôtelleries

où ils logent; car on ne dresse point d'actes par écrit de ces dépôts; un hôte n'aurait pas le loisir de faire inventaire de toutes les choses que lui confient les voyageurs qui arrivent tous les jours et à tous moments chez lui.

ART. VI.—QUATRIÈME PRINCIPE.—*Celui qui a perdu par un cas fortuit la preuve littérale, doit être admis à la preuve testimoniale.*

815. La même raison qui oblige d'admettre à la preuve testimoniale celui qui n'a pu s'en procurer une littérale, oblige aussi à y admettre celui qui, par un cas fortuit et imprévu, a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale.

Par exemple, si, dans l'incendie ou le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers, parmi lesquels étaient des billets de mes débiteurs à qui j'avais prêté de l'argent, ou des quittances des sommes que j'avais payées à mes créanciers; à quelque somme que puissent monter ces billets et ces quittances, je dois être admis à la preuve par témoins des sommes que j'ai prêtées, ou que j'ai payées, parce que c'est par un cas fortuit et imprévu, et sans ma faute, que j'ai perdu les billets et les quittances qui formaient la preuve littérale.

Je puis faire cette preuve par témoins, qui déposeront avoir vu entre mes mains, avant l'incendie, les billets de mes débiteurs, ou les quittances de mes créanciers, dont ils connaissent l'écriture, et se souvenir de la teneur; ou qui déposeront avoir quelque connaissance de la dette ou du paiement.

Mais pour que le juge puisse admettre cette preuve, il faut que le cas fortuit qui a donné lieu à la perte des titres qui formaient la preuve littérale, soit constant.

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, il faut qu'il soit avoué entre les parties, que ma maison a été incendiée ou pillée, ou que je sois en état de le prouver, pour que je puisse être admis à la preuve testimoniale des prêts d'argents ou des paiements dont je prétends avoir perdu les billets ou les quittances dans l'incendie ou le pillage de ma maison.

Si celui qui demande à être reçu à la preuve testimoniale, allègue seulement qu'il a perdu ses titres, sans qu'il y ait aucun fait de force majeure constaté, par lequel il les ait perdus, il ne peut être reçu à la preuve testimoniale que ces titres ont existé ; autrement, l'ordonnance qui défend la preuve par témoins, pour prévenir la subornation des témoins, deviendrait illusoire; car il ne serait pas plus difficile à quelqu'un qui voudrait faire la preuve par témoins de quelque prêt ou de quelque paiement qu'il n'aurait pas fait, de suborner des témoins, qui diraient qu'ils ont vu entre ses mains des obligations ou des quittances, comme d'en suborner qui diraient qu'ils ont vu compter l'argent.

---

* 1 *Greenleaf, Evid.*, § 558. } § 558. And first, in regard to the PRODUCTION of such documents ; if the instrument is *lost*, the party is required to give some evidence, that such a paper once existed, though slight evidence is sufficient for this purpose, and that a *bonâ fide* and diligent search has been unsuccessfully made for it in the place where it was most likely to be found, if the nature of the case admits such proof ; after which, his own affidavit is admissible to the fact of its loss. The same rule prevails where the instrument is destroyed. What degree of diligence in the search is necessary, it is not easy to define, as each case depends much on its peculiar circumstances, and the question, whether the loss of the instrument is sufficiently proved to admit secondary evidence of its contents, is to be determined by the Court, and not by the Jury. But it seems, that, in general, the party is expected to show that he has in good faith exhausted, in a reasonable degree, all the sources of information and means of discovery which the nature of the case would naturally suggest, and which were accessible to him. It should be recollected, that the object of the proof is merely to establish a reasonable presumption of the loss of the instrument ; and that this is a preliminary inquiry,

addressed to the discretion of the Judge. If the paper was supposed to be of little value, or is ancient, a less degree of diligence will be demanded, as it will be aided by the presumption of loss, which these circumstances afford. If it belonged to the custody of certain persons, or is proved or may be presumed to have been in their possession, they must, in general, be called and sworn to account for it, if they are within reach of the process of the Court. And so, if it might or ought to have been deposited in a public office, or other particular place, that place must be searched. If the search was made by a third person, he must be called to testify respecting it. And if the paper belongs to his custody, he must be served with a *subpœna duces tecum*, to produce it. If it be an instrument, which is the foundation of the action, and which, if found, the defendant may be compelled again to pay to a *boná fide holder*, the plaintiff must give sufficient proof of its destruction, to satisfy the Court and Jury that the defendant cannot be liable to pay it a second time. And if the instrument was executed in duplicate, or triplicate, or more parts, the loss of all the parts must be proved, in order to let in secondary evidence of the contents. Satisfactory proof being thus made of the loss of the instrument, the party will be admitted to give secondary evidence of its contents.

Voy. *Greenleaf*, cité sur art. 1204.

---

* *C. N.* 1341, 1347-8. } 1341. Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent inquante francs ;

[ARTICLE 1234.]

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

1347. Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

1348. Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui.

Cette seconde exception s'applique,

1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits ;

2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ;

3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit ;

4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

1234. Dans aucun cas la preuve testimoniale ne peut être admise pour contredire on changer les termes d'un écrit valablement fait.

1234. Testimony cannot in any case, be received to contradict or vary the terms of a valid written instrument.

Voy. autorités citées sur art. 1233.

* *Cod. De Testibus*, *Liv.* 4, *Tit.* 20, *L.* 1. } 1. Si tibi controversia ingenuitatis fiat : defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes. Soli etenim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.

PP. 10 calend. maii, Maximo II. et Æliano Coss. 224. (IMP. ALEXANDER).

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } 1. S'il s'élève une contestation au sujet de votre ingénuité, défendez votre cause par des pièces authentiques, et par d'autres preuves s'il vous est possible. Car des témoins seuls sont insuffisants pour prouver l'ingénuité.

Fait le 10 des cal. de mai, sous le deuxième cons. de Maxime et le premier d'Elien. 221. (EMP. ALEXANDRE).

---

* 5 *Marcadé, sur art.* 1341 *C. N.* } IV.—Le second principe de notre article, reproduit comme le premier de l'ordonnance de 1566, consiste en ce que, même pour un intérêt inférieur à 150 francs, et pour la preuve duquel dès lors un écrit n'était pas nécessaire, on ne pourra pas encore, si un écrit a cependant été fait, prouver par témoins à l'encontre ni au delà de ce qui est dit dans cet écrit.—Ainsi, quand un acte énonce que vous m'avez prêté 100 francs pour six mois sans intérêt, non-seulement vous ne pourriez pas prouver par témoins que la somme était de 120 francs, comme je ne pourrais pas prouver qu'elle n'était que de 90, car ce serait prouver *contre* le contenu de l'acte ; mais nous ne pourrions pas même prouver qu'en outre de la clause principale que présente l'écrit, on est convenu, soit avant la rédaction, soit depuis, de telle ou telle idée accessoire, par exemple, que je serais libre de garder la somme plus longtemps en vous payant l'intérêt ; car ce serait prouver *outre* le contenu de l'acte. Nous ne pouvons ni restreindre, ni élargir, ni modifier en rien le sens et la portée que l'acte présente. Du moment qu'on a fait un écrit, même dans le cas où l'on n'était pas tenu de le faire, la loi ne permet pas aux parties de se rejeter dans les difficultés

de la preuve testimoniale, comme si cet écrit n'existait pas, et si elles veulent, après coup, apporter quelques modifications à leur convention primitive, l'existence du premier écrit les met dans la nécessité, ou de constater ces modifications par écrit également, ou de supprimer l'acte antérieur.

Le texte nous dit que la preuve testimoniale ne sera pas reçue, même au-dessous de 150 francs, *contre et outre le contenu aux actes*, et il ajoute qu'elle ne sera pas reçue non plus *sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes*. Le second membre de phrase n'ajoute rien au premier; il ne fait que l'expliquer, en développant la même idée par d'autres termes. La pensée bien évidente de la loi est qu'on ne sera pas admis à prouver les explications verbales qui ont précédé, accompagné ou suivi la rédaction de l'écrit, pour arriver, soit à restreindre, soit à élargir, soit à modifier d'une manière quelconque les mentions de cet écrit, qui doit toujours être accepté tel qu'il est. Et comme retrancher quelque chose de l'écrit, c'est affirmer qu'il en dit trop sur ce point et contient dès lors quelque chose de faux, en sorte que c'est lui apporter une contradiction ; que, d'un autre côté, c'est encore le contredire que de changer le sens d'une de ses clauses ; et que le seul cas où il n'y aurait pas contradiction à l'acte serait celui où l'on prétendrait que tout ce qu'il dit étant d'ailleurs exact, il n'a cependant pas dit tout ce qu'il fallait dire, il s'ensuit que les deux mots CONTRE *et* OUTRE *le contenu* expriment exactement le principe, qui revient à dire ceci : On ne peut ni *contredire en rien* les énonciations de l'acte, ni *rien ajouter* à ces énonciations, pas même au moyen de ce que l'on prétendrait avoir été dit postérieurement à la rédaction.

Lors donc qu'une convention postérieure ne sera qu'une restriction, une addition ou une modification quelconque apportée à la convention antérieurement constatée par écrit, la preuve de cette convention nouvelle ne pourra pas se faire par témoins, puisqu'il s'agirait alors de contredire l'écrit ou d'y ajouter. Ainsi, quand l'écrit déclare que vous m'avez prêté 100 francs pour vous être rendus en 1848, vous ne pour-

rez pas prouver que, par une convention postérieure, je me suis obligé de vous rendre cette somme en 1847 : ce serait contredire l'acte. Quand l'écrit indique que vous m'avez loué votre herbage moyennant 60 francs et quatre poulets par chaque année, vous ne pourrez pas prouver que nous sommes convenus depuis d'un loyer de 70 francs sans poulets : ce serait encore contredire l'acte. Quand l'écrit énonce que je vous ai chargé de faire telle réparation sur tel plan et en tel temps, vous ne pourrez pas prouver que, par une convention postérieure, je vous ai chargé de faire cette même réparation sur un plan plus large et dans un plus long délai : ce serait ajouter à l'acte et prouver contre son contenu.

V.—A côté de cette règle, que la modification apportée après coup à une convention ou à un fait constatés par écrit ne peut se prouver aussi que par écrit, règle sans laquelle on ne donnerait pas toute sa portée au second principe de notre article, il faut en placer une autre qui empêchera d'attribuer à ce même principe plus d'étendue qu'il n'en a : c'est que ce qui est dit des faits et conventions, qui ne sont qu'une modification du fait antérieur, ne doit pas s'étendre à tous les faits qui se trouvent avec le premier dans un rapport plus ou moins intime et exercent sur lui une influence plus ou moins profonde... Ainsi, quand il est établi par écrit que vous m'avez prêté 100 francs, et que je demande à prouver par témoins que je vous ai rendu ces 100 francs, ma preuve doit être admise. Il est bien vrai que le payement que je prétends établir exerce une grande influence sur la convention de prêt et fait plus que de modifier l'obligation qui en résultait pour moi, puisqu'il l'éteint complétement ; mais c'est précisément parce qu'il ne s'agit plus d'une simple modification à la convention écrite, que le témoignage est admissible et que je ne suis plus sous le coup du second principe de notre article.

Ce principe, en effet, me défend de contredire en rien l'écrit et de rien ajouter à la convention qu'il constate. Or je ne le contredis en rien ; car l'écrit énonce que vous m'avez prêté 100 francs, et loin d'attaquer cette proposition, mon alléga-

tion tend à en démontrer de nouveau la vérité, puisque c'est parce que vous m'avez prêté 100 francs que j'ai eu 100 francs à vous rendre. D'un autre côté, il est bien clair que ce n'est pas vouloir étendre une convention, ni l'élargir en quoi que ce soit, que de soutenir que cette convention a vraiment été faite telle que l'écrit la présente, qu'elle a toujours duré sans modification aucune jusqu'à tel jour, et que ce jour-là je suis venu l'exécuter. Il en serait autrement si l'acte portait que la somme ne pourra pas être rendue avant deux ans et que je prétende vous l'avoir payée à la fin de la première année. Dans ce cas, en effet, l'allégation du payement contiendrait celle d'une convention postérieure et accessoire, qui aurait eu pour but unique de modifier la première quant au terme du payement, et je demanderais ainsi à prouver par témoins *une modification* apportée aux clauses écrites : quand je dis que *j'ai pu payer* et que j'ai en effet payé *au bout d'un an*, en présence d'un acte qui énonce que *je ne pourrai payer qu'après deux ans*, il est évident que je demande à prouver *contre* l'acte ; et ce serait seulement après avoir prouvé *par écrit*, la convention postérieure et modificative de la convention première, que je pourrais prouver par témoins, le payement par lequel je prétends avoir exécuté la convention nouvelle. Mais hors ce cas ou autres analogues, et quand on veut prouver tout simplement qu'on a exécuté ou autrement éteint l'obligation énoncée par l'écrit, il est palpable qu'on ne demande pas à prouver *contre* ni *outre* le contenu de l'acte, et que le témoignage dès lors est admissible, pourvu, bien entendu, qu'il ne s'agisse pas de plus de 150 francs.

Aurait-on l'idée de dire (car que ne s'imaginent pas certains esprits !) que l'acte ne parlant pas du payement, c'est bien vouloir prouver *outre* l'acte et *au delà* de cet acte que de vouloir établir ce payement ?... Mais il est clair que, quand notre article défend de prouver outre le contenu de l'acte, il n'entend pas parler généralement de toutes les choses dont cet acte ne s'occupe pas, mais seulement de celles dont il ne s'occupe pas *quoiqu'il eût dû s'en occuper*, parce qu'elles font partie

de l'objet qu'il constate. Ainsi, quand je prétends que les 100 francs que l'écrit présente comme vous étant dus par moi n'étaient dus que sous une condition qui a défailli et dont l'écrit ne parle pas, c'est dans l'acte qu'il fallait insérer cette condition ; quand, selon moi, nous sommes convenus, après coup, que je vous payerais l'intérêt à 4, au lieu des 5 indiqués par l'écrit, ou que j'aurais un an pour vous payer, au lieu des six mois énoncés dans cet écrit, il fallait, en modifiant ainsi la convention exprimée à l'acte, modifier aussi l'acte que l'on conservait comme l'établissant (ou le supprimer, pour rentrer complétement sous la preuve testimoniale) : dans tous ces cas et autres semblables, je ne pourrais pas prouver par témoins. Mais quand il s'agit d'éléments qui ne sont point une des parties de la convention, d'éléments que l'acte réglant cette convention n'avait pas à constater et ne pouvait même pas constater, il est bien évident que ce n'est pas d'eux que la loi entend parler quand elle défend de prouver *outre* le contenu de l'acte.



Tout ceci est tellement simple que l'on a peine à comprendre comment Merlin (*Répert.*, v° Preuve, sect. 2, § 3, art 1, 20) et M. Favard (*ibid.*, § 1) ont pu admettre l'idée contraire, et prétendre qu'un payement devait être prouvé par écrit, par cela seul que la créance était constatée par écrit. Il est vrai que la pratique du siècle dernier l'avait souvent entendu ainsi ; mais cette idée, réfutée déjà par Pothier, semblait ne pouvoir être accueillie par des jurisconsultes aussi distingués que Merlin et Favard. Les lois *De testibus*, *De fide instrumentorum*, *Contra scriptum*, et autres rappelées par le premier comme ayant fait juger la question contre le débiteur par un arrêt du Parlement de Grenoble, du 25 mars 1782, ne jettent aucun jour sur la question ; et les deux arrêts de cassation invoqués par le second n'ont rien de contraire à notre doctrine. L'un (27 janvier 1812) décide que, quand un écrit énonce qu'un bail a été fait pour six ans, on ne peut pas prouver par témoins que ce bail a été modifié dans sa durée, et réduit par une convention postérieure à un temps moindre,

ce qui n'est qu'une application de ce que nous venons de dire à la fin du nº IV ; le second (12 mars 1816) n'a aucun rapport avec notre thèse ; il décide une question de bail verbal, non d'après notre article, mais d'après la disposition particulière de l'art. 1715, qu'il déclare, et avec raison, contenir *une exception à notre art.* 1341... Notre décision reste donc certaine, et elle est, en effet, généralement admise.

Au reste, Pothier, en relevant cette erreur, ne parlait que du cas de payement, et les auteurs nouveaux que nous venons de citer, M. Bonnier, comme les autres, ne parlent également que de ce cas de payement, sans songer à formuler *la règle* dont ce cas particulier ne devrait présenter qu'une application. M. Duranton, il est vrai, ajoute encore (nº 335) le cas de remise de la dette ; mais il ne s'occupe pas plus que les autres de remonter à l'idée générale, au principe lui-même.

Parmi les faits destinés à exercer de l'influence sur un fait antérieurement contesté par écrit, quels sont ceux qui devront se constater par écrit d'après le second principe de notre article, quels autres pourront se prouver par témoins ? Où sera la ligne précise de démarcation entre les deux catégories ? C'est ce qu'on ne dit nulle part, et ce qu'il est pourtant indispensable de comprendre. Les explications qui viennent d'être données nous conduisent facilement à la réponse.

VI.—D'après ce qui vient d'être dit, en effet, l'écrit est exigé, et le témoignage inadmissible, toutes les fois, mais alors seulement, que le fait postérieur vient restreindre, ou élargir, ou modifier autrement, l'état de choses antérieur, tout en laissant subsister ce même état de choses, un peu différent seulement de ce qu'il était d'abord ; hors de là, le témoignage reste permis.—Lorsque le fait allégué serait venu seulement changer l'état de choses antérieur dans quelqu'une de ses parties, tout en le maintenant d'ailleurs, l'écriture est demandée pour la preuve, parce qu'il n'est pas croyable qu'on ait modifié les choses sans modifier l'écrit qui les constatait et que l'on conservait comme les constatant : il était trop naturel, du moment qu'on ne déchirait pas cet acte, pour laisser

tout sous l'empire de la preuve testimoniale, d'en faire, pour ainsi dire, une édition nouvelle et exacte.— Au contraire, quand le fait allégué serait venu détruire, supprimer le précédent état de choses, en sorte que l'écrit primitif voyait disparaître l'objet de sa constatation ; quand on est venu, non pas conserver en le modifiant l'état de choses antérieur, mais créer un autre état de choses, qui supposait bien, mais qui faisait entièrement cesser l'état précédent : alors l'écriture n'est pas exigée, et la circonstance que le premier état était constaté par un écrit encore subsistant n'empêche pas de prouver le second par témoins, parce que, s'agissant alors d'une chose absolument nouvelle, d'une chose pour la constatation écrite de laquelle il aurait fallu, non pas une édition nouvelle et corrigée du même acte, mais un autre acte, les parties se sont retrouvées sous le droit commun, et ont été libres, ou de rédiger cet autre acte, ou de se contenter de témoins, puisque l'intérêt (on le suppose) n'excédait pas 150 francs.

Ainsi donc : 1° le témoignage est inadmissible quand l'allégation tend à établir *une simple modification* de l'état de choses constaté par l'acte, et qu'il aurait dès lors suffi, pour avoir la preuve écrite, d'une *nouvelle rédaction du même acte*. Au contraire, 2°, l'allégation peut se prouver par témoins quand il s'agit *de la suppression* de l'état de choses que le nouveau fait supposer, et qu'il eût fallu (pour avoir la preuve par écrit) la *rédaction d'un acte nouveau*. Que si, 3°, l'allégation contenait, tout à la fois, et une modification de l'état de choses prouvé par l'écrit, et la suppression de cet état de choses ainsi modifié, le témoignage serait encore inadmissible, évidemment, à cause du premier de ces deux points, et ce n'est qu'autant que ce premier point serait prouvé par écrit que le second pourrait l'être par témoins.— On voit que cette troisième proposition n'est que la conséquence et l'application des deux premières.

Le second principe de notre art. 1341 revient donc à dire (et il suffit de lire attentivement le texte de la loi pour en être

convaincu) que l'on ne peut jamais, même au-dessous de 150 francs, apporter par la preuve testimoniale *aucune modification* aux énonciations d'un écrit. Il ne signifie pas autre chose ; et ceci nous conduit à une dernière observation.

C'est que ce ne serait pas vouloir modifier l'écrit que de discuter sur le sens et la portée que présente telle clause plus ou moins obscure, telle expression plus ou moins vague, et que, par conséquent, on peut entendre des témoins pour se renseigner sur certaines circonstances de nature à faire comprendre la véritable pensée de l'acte. Autre chose est d'arriver, même par le témoignage, à savoir quel est le sens ou l'étendue d'un terme ou d'une phrase, autre chose d'arriver par ce témoignage à des idées différentes de celles que cette phrase présente. Il est donc permis de recourir à des témoins pour l'interprétation d'un écrit, pourvu qu'on ne fasse qu'une interprétation, et qu'on s'en tienne définitivement et uniquement à l'acte, qui sera reconnu avoir telle signification et s'appliquer à tels objets. Ainsi, par exemple, quand l'acte d'acquisition d'un domaine ne précise pas les différentes terres qui le composent et ne les désigne que collectivement par ces mots : " le domaine de..., le château de..., avec toutes ses dépendances ", on pourra fort bien entendre des témoins sur le point de savoir si telle pièce de terre est ou n'est pas une dépendance du domaine. C'est un point consacré, et avec raison, par la jurisprudence.

Les deux principes de notre article ainsi compris, passons aux articles suivants, qui ne font que développer ou appliquer le premier. Quant à l'exception que le texte apporte à ces deux principes pour les matières commerciales, nous l'étudierons dans le § 2 (art. 1347, 1348), avec les autres exceptions que ces principes reçoivent.

---

* 1 *Greenleaf, Evid.*, § 275 à 287. } § 275. By *written evidence*, in this place, is meant not every thing which is in writing, but that only which is of a documentary and

more solemn nature, containing the terms of a contract between the parties, and designed to be the repository and evidence of their final intentions. *Fiunt enim de his [contractibus] scripturæ, ut, quod actum est, per eas faciliùs probari poterit.* When parties have deliberately put their engagements into writing, in such terms as import a legal obligation, without any uncertainty as to the object or extent of such engagement, it is conclusively presumed that the whole engagement of the parties, and the extent and manner of their undertaking, was reduced to writing; and all oral testimony of a previous *colloquium* between the parties, or of conversation or declarations at the time when it was completed, or afterwards, as it would tend, in many instances, to substitute a new and different contract for the one which was really agreed upon, to the prejudice, possibly, of one of the parties, is rejected. In other words, as the rule is now more briefly expressed, "parol contemporaneous evidence is inadmissible, to contradict or vary the terms of a valid written instrument."

§ 276. This rule "was introduced in early times, when the most frequent mode of ascertaining a party to a contract was by his seal affixed to the instrument; and it has been continued in force, since the vast multiplication of written contracts, in consequence of the increased business and commerce of the world. It is not because a seal is put to the contract, that it shall not be explained away, varied, or rendered ineffectual; but because the contract itself is plainly and intelligibly stated, in the language of the parties, and is the best possible evidence of the intent and meaning of those who are bound by the contract, and of those who are to receive the benefit of it." "The rule of excluding oral testimony has heretofore been applied generally, if not universally, to simple contracts in writing, to the same extent and with the same exceptions as to specialties or contracts under seal."

§ 277. It is to be observed, that the rule is directed only

against the admission of any other evidence of the *language* employed by the parties in making the contract, than that which is furnished by the writing itself. The writing, it is true, may be read by the light of surrounding circumstances, in order more perfectly to understand the intent and meaning of the parties ; but, as they have constituted the writing to be the only outward and visible expression of their meaning, *no other words* are to be added to it, nor substituted in its stead. The duty of the Court in such cases, is to ascertain, not what the parties may have secretly intended, as contradistinguished from what their words express ; but what is the meaning of words they have used. It is merely a duty of interpretation ; that is, to find out the true sense of the written words, as the parties used them ; and of construction, that is, when the true sense is ascertained, to subject the instrument, in its operation, to the established rules of law. And where the language of an instrument has a settled legal construction, parol evidence is not admissible to contradict that construction. Thus, where no time is expressly limited for the payment of the money mentioned in a special contract in writing, the legal construction is, that it is payable presently ; and parol evidence of a contemporaneous verbal agreement, for the payment at a future day, is not admissible.

§ 278. The *terms* of every written instrument are to be *understood in their plain, ordinary, and popular sense*, unless they have generally, in respect to the subject-matter, as, by the known usage of trade, or the like, acquired a peculiar sense, distinct from the popular sense of the same words ; or unless the context evidently points out that, in the particular instance, and in order to effectuate the immediate intention of the parties, it should be understood in some other and peculiar sense. But where the instrument consists partly of a printed formula, and partly of written words, if there is any reasonable doubt of the meaning of the whole, the *written words* are entitled to have *greater effect* in the interpreta-

tion than those which are printed; they being the immediate language and terms selected by the parties themselves for the expression of their meaning, while the *printed formula* is more general in its nature, applying equally to their case and to that of all other contracting parties, on similar subjects and occasions.

§ 279. The rule under consideration is *applied only in suits between the parties* to the instrument; as they alone are to blame if the writing contains what was not intended, or omits that which it should have contained. It cannot affect third persons; who, if it were otherwise, might be prejudiced by things recited in the writings, contrary to the truth, through the ignorance, carelessness, or fraud of the parties; and who, therefore, ought not to be precluded from proving the truth, however contradictory to the written statements of others.

§ 280. It is almost superfluous to add, that the rule does not exclude the *testimony of experts*, to aid the Court in reading the instrument. If the characters are difficult to be deciphered, or the language, whether technical, or local and provincial, or altogether foreign, is not understood by the Court, the evidence of persons skilled in deciphering writings, or who understood the language in which the instrument is written, or the technical or local meaning of the terms employed, is admissible, to declare what are the characters, or to translate the instrument, or to testify to the proper meaning of the particular words. Thus the words "inhabitant,"—"level,"—"thousand,"—"fur,"—"freight,"—and many others, have been interpreted, and their peculiar meaning, when used in connection with the subject-matter of the transaction, has been fixed, by parol evidence of the sense in which they are usually received, when employed in cases similar to the case at bar. And so of the meaning of the phrase "duly honored," when applied to a bill of exchange; and of the expression, "in the month of October," when applied to the time when a vessel was to sail; and

many others of the like kind. If the question arises from the obscurity of the writing itself, it is determined by the Court alone ; but questions of custom, usage, and actual intention and meaning derived therefrom are for the Jury. But where the words have a known legal meaning, such, for example, as measures of quantity fixed by statute, parol evidence, that the parties intended to use them in a sense different from the legal meaning, though it were still the customary and popular sense, is not admissible.

§ 281. The reason and policy of the rule will be further seen, by adverting to some of the cases in which parol evidence has been *rejected*. Thus, where a policy of insurance was effected on goods, "in ship or ships from Surinam to London," parol evidence was held inadmissible to show that a particular ship in the fleet, which was lost, was verbally excepted at the time of the contract. So, where a policy described the two *termini* of the voyage, parol evidence was held inadmissible to prove that the risk was not to commence until the vessel reached an intermediate place. So, where the instrument purported to be an absolute engagement to pay at a specified day, parol evidence of an oral agreement at the same time that the payment should be prolonged, or depend upon a contingency, or be made out of a particular fund, has been rejected. Where a written agreement of partnership was unlimited as to the time of commencement, parol evidence, that it was at the same time verbally agreed that the partnership should not commence until a future day, was held inadmissible. So, where, in assumpsit for use and occupation, upon a written memorandum of lease, at a certain rent, parol evidence was offered by the plaintiff of an agreement at the same time to pay a further sum, being the ground rent of the premises, to the ground landlord, it was rejected. So, where, in a written contract of sale of a ship, the ship was particularly described, it was held that parol evidence of a further descriptive representation, made prior to the time of sale, was not admissible to charge the vendor,

without proof of actual fraud; all previous conversation being merged in the written contract. So, where a contract was for the sale and delivery of "Ware potatoes," of which, there were several kinds or qualities; parol evidence was held not admissible to show that the contract was in fact for the best of those kinds. Where one signed a premium note in his own name, parol evidence was held inadmissible to show that he signed it as the agent of the defendant, on whose property he had caused insurance to be effected by the plaintiff, at the defendant's request, and who was sued as the promisor in the note, made by his agent. So, where an agent let a ship on hire, describing himself in the charter-party as "owner," it was held, in an action upon the charter-party, brought by the true owner, that parol evidence was not admissible to show that the plaintiff, and not the agent, was the real owner of the ship. Even the subsequent confession of the party, as to the true intent and construction of the title deed, under which he claims, will be rejected. The books abound in cases of the application of this rule; but these are deemed sufficient to illustrate its spirit and meaning, which is the extent of our present design.

§ 282. From the examples given in the two preceding sections, it is thus apparent that *the rule excludes only parol evidence of the language* of the parties, contradicting, varying, or adding to that which is contained in the written instrument; and this because they have themselves committed to writing all which they deemed necessary to give full expression to their meaning, and because of the mischiefs which would result, if verbal testimony were in such cases received. But where the agreement in writing is expressed in short and incomplete terms, parol evidence is admissible to explain that which is *per se* unintelligible, such explanation not being inconsistent with the written terms. It is also to be kept in mind, that though the first question in all cases of contract is one of interpretation and intention, yet the question, as we have already remarked, is not what the parties may have

secretly and in fact intended, but what meaning did they intend to convey, by the words they employed in the written instrument. To ascertain the meaning of these words, it is obvious that parol evidence of extraneous facts and circumstances may in some cases be admitted to a very great extent, without in anywise infringing the spirit of the rule under consideration. These cases, which in truth are not exceptions to the rule, but on the contrary are out of the range of its operation, we shall now proceed to consider.

§ 283. It is in the first place to be observed, that the rule does not restrict the Court to the perusal of a single instrument or paper; for, while the controversy is between the original parties, or their representatives, *all their contemporaneous writings*, relating to the same subject-matter, are admissible in evidence.

§ 284. It is in the next place to be noted, that the rule is not infringed by the admission of parol evidence, showing that the instrument is altogether *void*, or that it *never* had any legal existence or binding force; either by reason of fraud, or for want of due execution and delivery, or for the illegality of the subject-matter. The qualification applies to all contracts, whether under seal or not. The *want of consideration* may also be proved to show that the agreement is not binding; unless it is either under seal, which is conclusive evidence of a sufficient consideration, or is a negotiable instrument in the hands of an innocent indorsee. *Fraud*, practised by the party seeking the remedy, upon him against whom it is sought, and in that which is the subject-matter of the action or claim, is universally held fatal to his title. "The covin," says Lord Coke, "doth suffocate the right." The foundation of the claim, whether it be a record, or a deed, or a writing without seal, is of no importance; they being alike void, if obtained by fraud. Parol evidence may also be offered to show that the contract was made for the furtherance of objects *forbidden by law*, whether it be by statute, or by an express rule of the Common Law, or by the

general policy of the law ; or that the writing was obtained by *felony*, or by *duress;* or that the party was *incapable* of binding himself, either by reason of some legal impediment, such as infancy or coverture, or from actual imbecility or want of reason, whether it be by means of permanent idiocy or insanity, or from a temporary cause, such as drunkenness or that the instrument came into the hands of the plaintiff without any absolute and final *delivery*, by the obligor or party charged.

§ 284 *a*. Nor does the rule apply, in cases where the original contract was verbal and entire, and a *part only* of it was *reduced to writing*. Thus, where upon an adjustment of accounts, the debtor conveyed certain real estate to the creditor at an assumed value, which was greater than the amount due, and took the creditor's promissory note for the balance it being verbally agreed that the real estate should be sold, and the proceeds accounted for by the grantee, and that the deficiency, if any, below the estimated value, should be made good by the grantor ; which agreement the grantor afterwards acknowledged in writing ;—it was held, in an action brought by the latter to recover the contents of the note, that the whole agreement was admissible in evidence on the part of the defendant ; and that, upon proof that the sale of the land produced less than the estimated value, the deficiency should be deducted from the amount due upon the note.

§ 285. Neither is this rule infringed by the introduction of parol evidence, *contradicting* or *explaining* the instrument in some of its *recitals of facts*, where such recitals do not, on other principles, estop the party to deny them ; and accordingly in some cases such evidence is received. Thus, in a settlement case, where the value of an estate, upon which the settlement was gained, was in question, evidence of a greater sum paid than was recited in the deed, was held admissible. So, to show that the lands, described in the deed as in one parish, were in fact situated in another. So, to show that at the time of entering into a contract of service

in a particular employment, there was a further agreement to pay a sum of money as a premium, for teaching the party the trade, whereby an apprenticeship was intended; and that the whole was therefore void for want of a stamp, and so no settlement was gained. So, to contradict the recital of the date of a deed ; as, for example, by proving that a charter-party, dated February 6th, conditioned to sail on or before February 12th, was not executed till after the latter day, and that therefore the condition was dispensed with. So, to show that the reference, in a codicil to a will of 1833, was a mistake, that will being supposed to be destroyed ; and that the will of 1837 was intended. And on the other hand, where a written guaranty was expressed to be " in consideration of your *having discounted* V.'s note," and it was objected that it was for a past consideration, and therefore void, explanatory parol evidence was held admissible, to show that the discount was contemporaneous with the guaranty. So where the guaranty was " in consideration of your having *this day* advanced to V. D.," similar evidence was held admissible. It is also admissible to show when a written promise, without date, was in fact made. Evidence may also be given of a consideration not mentioned in a deed, provided it be not inconsistent with the consideration expressed in it.

§ 286. As it is a leading rule in regard to written instruments, that they are to be interpreted according to their subject-matter, it is obvious that parol or verbal testimony must be resorted to, in order to ascertain the *nature and qualities of the subject*, to which the instrument refers. Evidence which is calculated to explain the subject of an instrument, is essentially different in its character from evidence of verbal communications respecting it. Whatever therefore, indicates the nature of the subject, is a just medium of interpretation of the language and meaning of the parties in relation to it, and is also a just foundation for giving the instrument an inter pretation, when considered relatively, different from that which it would receive if considered in the abstract. Thus,

where certain premises were leased, including a yard, described by metes and bounds, and the question was, whether a cellar under the yard was or was not included in the lease; verbal evidence was held admissible to show, that at the time of the lease the cellar was in the occupancy of another tenant, and therefore that it could not have been intended by the parties that it should pass by the lease. So where a house, or a mill, or a factory is conveyed, *eo nomine*, and the question is, as to what was part and parcel thereof, and so passed by the deed, parol evidence to this point is admitted.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 3, *Tit.* 6, *sec.* 2, *nos* 7 *et* 8. } 7. Quand les actes sont dans les formes, non-seulement on ne reçoit point de preuves contraires, mais on n'écouterait pas même une partie qui prétendrait faire ouïr en justice les témoins d'un acte, pour y apporter quelque changement, ou pour l'expliquer. Car, outre le péril d'une infidélité de la part des témoins, l'acte n'ayant été écrit que pour demeurer invariable, sa force consiste à demeurer toujours tel qu'il a été fait. (C. civ. 1134, 1323, s.)

8. L'autorité des preuves qui se tirent des actes écrits a son effet contre les personnes dont ils contiennent le consentement et contre leurs successeurs, et ceux qui ont leurs droits ou qui les représentent ; et ces actes servent de règle et de preuve contre ces personnes. (C. civ. 1323, § 2.) Mais ils ne peuvent faire de préjudice aux personnes tierces de qui l'intérêt y serait blessé. (C. civ. 1324 ; pr. 193.) Et s'il était dit, par exemple, dans un testament, qu'un héritage légué par le testateur lui appartenait, cette énonciation ne ferait aucun préjudice à celui qui se prétendrait maître de ce fonds.

Voy. *C. N.* 1341, cité sur art. 1233.

1235. Dans les matières commerciales où la somme de deniers ou la valeur dont il s'agit excède [cinquante piastres,] aucune action ou exception ne peut être maintenue contre une personne ou ses représentants sans un écrit signé par elle dans les cas suivants :

1. De toute promesse ou reconnaissance à l'effet de soustraire une dette aux dispositions de la loi relatives à la prescription des actions ;

2. De toute promesse ou ratification par un majeur d'obligations par lui contractées pendant sa minorité ;

3. De toute représentation, garantie ou assurance en faveur d'une personne dans le but de lui faire obtenir du crédit, de l'argent ou des effets ;

4. De tout contrat pour la vente d'effets, à moins que l'acheteur n'en ait accepté ou reçu une partie ou n'ait donné des arrhes.

La règle qui précède a

1235. In commercial matters in which the sum of money or value in question exceeds [fifty dollars,] no action or exception can be maintained against any party or his representatives unless there is a writing signed by the former, in the following cases :

1. Upon any promise or acknowledgment whereby a debt is taken out of the operation of the law respecting the limitation of actions ;

2. Upon any promise or ratification made by a person of the age of majority, of any obligation contracted during his minority ;

3. Upon any representation, or assurance in favor of a person to enable him to obtain credit, money or goods thereupon ;

4. Upon any contract for the sale of goods, unless the buyer has accepted or received part of the goods or given something in earnest to bind the bargain ;

The following rules ap-

lieu lors même que les effets ne doivent être livrés qu'à une époque future, ou ne sont pas, au temps du contrat, prêts à être livrés.

plies although the goods be intended to be delivered at some future time or be not at the time of the contract ready for delivery.

S. R. B. C., ch. 67. } 1. Nulle demande à fin de compte, ou *in factum* (*upon the case*), ni aucune action fondée sur un acte consenti pour prêt, ni aucune action fondée sur un contrat sans un acte ou écrit scellé (*without specialty*) ne sera maintenue en matière de commerce, à moins que telle action ne soit intentée dans les six années qui suivent la cause de telle section. 10, 11 V. c. 11, s 1.

2. Nulle reconnaissance ou promesse verbale seulement ne sera considérée comme une preuve suffisante d'un nouveau contrat ou d'un contrat continué, pour soustraire aucun cas à l'opération de la section précédente, ou pour priver une partie du bénéfice qu'elle confère, à moins que telle reconnaissance ou promesse ne soit faite ou ne soit contenue dans quelque écrit qui devra être signé par la partie obligée, et, lorsqu'il y a deux co-obligés, ou exécuteurs ou administrateurs d'aucun obligé, ou plus, nul tel co-obligé, exécuteur ou administrateur, ne sera privé du bénéfice de la dite section, de manière à se trouver lié à raison seulement d'une reconnaissance écrite, ou promesse faite et signée par aucun autre ou autres d'entre eux :

2. Mais rien de contenu dans la présente section ne changera, ni ne détruira, ni ne diminuera l'effet d'aucun paiement de capital ou d'intérêt fait par qui que ce soit.

3. Et dans les actions intentées contre deux co-obligés, ou exécuteurs ou administrateurs, ou plus, s'il appert lors de l'instruction, ou autrement, que le demandeur, quoique non recevable par le présent acte, dans sa demande contre l'un ou plusieurs des dits co-obligés, ou exécuteurs, ou administra-

teurs, a, néanmoins, le droit de recouvrer d'un autre ou des autres défendeurs, en vertu d'une nouvelle reconnaissance ou promesse, ou autrement,—jugement pourra être rendu, avec dépens, en faveur du demandeur, quant au défendeur ou aux défendeurs, contre lesquels il obtient jugement, et en faveur de l'autre défendeur ou des autres défendeurs contre le demandeur. 10, 11 V. c. 11, s. 2.

3. Si le défendeur, dans une action sur simple contrat concernant des matières de commerce, plaide par exception (*abatement*), qu'une autre personne ou d'autres personnes auraient dû être mises en cause conjointement avec lui ; et si la contestation est liée sur telle exception, et s'il appert, lors de l'instruction, ou autrement, que l'action ne peut être maintenue en vertu du présent acte contre l'autre personne ou les autres personnes mentionnées dans la dite exception, ou contre aucune d'elles, la contestation liée sur la dite exception sera jugée à l'encontre de celui qui l'aura faite. 10, 11 V. c. 11, s. 3.

4. Nul endossement ou mémoire (*memorandum*) d'un paiement, écrit ou fait sur un billet, lettre de change ou autre écrit, par ou de la part de celui à qui le paiement est fait, ne sera considéré comme une preuve suffisante du paiement, pour soustraire le cas à l'opération du présent acte. 10, 11 V. c. 11, s. 4.

5. Le présent acte s'appliquera à toute dette d'une nature commerciale, offerte sous forme de compensation de la part d'un défendeur, soit par exception, avis ou autrement. 10, 11 V. c. 11, s. 5.

6. Nulle action d'une nature commerciale, tendant à obliger une personne, à raison de la promesse qu'elle aurait pu faire après avoir atteint l'âge de majorité, de payer une dette qu'elle aurait contractée dans sa minorité, ou en considération de la ratification, après l'âge de majorité, d'une promesse ou contrat d'une nature commerciale qu'elle aurait pu faire pendant sa minorité, ne sera maintenue, à moins que telle promesse

ou ratification ne soit consignée dans un écrit signé par la partie à laquelle on impute le fait. 10, 11 V. c. 11, s. 6.

7. Nulle action d'une nature commerciale ne sera maintenue contre qui que ce soit, si cette action est fondée sur une représentation, garantie, assurance ou recommandation quelconque, concernant le caractère, la conduite, le crédit, les moyens, le commerce, ou les transactions de toute autre personne, dans le but et avec l'intention de faire obtenir à la dite personne du crédit, de l'argent ou des effets, à moins que telle recommandation ou garantie ne soit faite ou donnée par écrit et signée par la partie à laquelle on impute le fait. 10, 11 V. c. 11, s. 7.

8. Les dispositions de l'acte passé en Angleterre, dans la vingt-neuvième année du règne du Roi Charles Deux, et intitulé : *Acte pour prévenir les fraudes et les parjures*, sont déclarées s'appliquer, et s'appliquent dans le Bas-Canada, à tous les contrats relatifs à la vente d'effets de la valeur de quarante-huit piastres soixante-six centins et deux tiers (ou de dix livres sterling,) et au-delà, quand bien même les effets seraient stipulés livrables à une époque future, ou quand bien même ils ne seraient pas, au temps de la passation du contrat, réellement confectionnés ou obtenus, ni propres ou prêts à être livrés, ou quand bien même il faudrait encore quelque acte pour les faire ou compléter, ou pour les rendre susceptibles d'être livrés. 10, 11 V. c. 11, s. 8. *Et voir quant à la preuve en matières de commerce, Cap.* 82.

S. R. B. C., ch. 82, *s.* 17 *à* 22. } 17. Dans la preuve de tous faits concernant les affaires de commerce, on aura recours dans toutes les cours de juridiction civile dans le Bas-Canada, aux règles de témoignage prescrites par les lois d'Angleterre. 25G. 3, c. 2, s. 10.

18. La loi quant à la preuve de tous faits concernant les affaires de commerce, en force dans le Bas-Canada, s'appliquera à toute vente ou livraison faite par un non-commerçant

à un commerçant, de toutes denrées, produits, effets ou choses. 22 V. (1858) c. 5, s. 63.

19. Mais toute partie dans une poursuite ou action de nature commerciale pourra être interrogée sur faits et articles, de la même manière que les parties peuvent être interrogées dans d'autres causes. 12 V. c. 38, s. 89.

20. Les cours de juridiction civile dans le Bas-Canada, accorderont et admettront le serment décisoire dans les affaires de commerce, lorsqu'une des parties le requerra de l'autre, ainsi qu'il a été accordé ci-devant, et qu'il est admis et accordé dans les autres affaires civiles, suivant les anciennes lois, us et coutumes du Bas-Canada. 41 G. 3, c. 15.

21. Nonobstant ce que prescrit l'article deux du titre vingt de l'ordonnance de mil six cent soixante-et-sept ou toute autre disposition de la loi, la preuve par témoins sera admissible dans toutes matières n'excédant pas la somme ou la valeur de vingt-cinq piastres ; mais la présente disposition n'aura pas l'effet de restreindre l'admissibilité de la preuve par témoins en toutes matières ou sur tout fait où elle est permise lorsque la somme ou la valeur excède vingt-cinq piastres. 23 V. c. 57, s. 39.

1236. La preuve testimoniale ne peut être admise sur la demande d'une somme n'excédant pas [cinquante piastres], si cette somme est la balance ou fait partie d'une créance en vertu d'un contrat qui ne peut être prouvé par témoins.

Le créancier peut néanmoins prouver par témoins la promesse du débiteur de

1236. In any action for the recovery of a sum which does not exceed [fifty dollars,] proof by testimony cannot be received if such sum be a balance or make part of a debt under a contract which cannot be proved by testimony.

The creditor may, nevertheless, prove by testimony a promise made by the

payer telle balance si elle n'excède pas [cinquante piastres.]

debtor to pay such balance, when it does not exceed [fifty dollars.]

---

* 9 *Toullier, Contrats*, *n*o 45 *à* 48. } La loi se borne à défendre d'admettre la preuve, quand il est connu, par la déclaration du créancier, que, dans son origine, l'obligation était supérieure à la somme de 150 fr., quoiqu'elle soit moindre au moment de la demande, ou quoique le créancier la réduise ; mais la loi n'ajoute point que la preuve doit être admise, lorsque le créancier ne fait pas cette déclaration.

C'eût été, au moins en apparence, autoriser, encourager la dissimulation du créancier. Le législateur s'est bien gardé de le faire.

On oppose l'autorité de Pothier, qui pense, dit-on, que la preuve par témoins doit être admise, lorsque le créancier demande une somme, sans dire qu'elle est le restant d'une somme plus forte.

Non, encore, ce n'est point là ce que dit ce grand jurisconsulte. Il propose, nº 755, le cas où je vous demande 60 fr., restant du prix d'une vente que je vous ai faite pour 200 fr. Vous niez avoir acheté. Dois-je être admis à prouver cette vente par témoins ? Pothier soutient avec raison la négative, par les motifs que nous avons déjà exposés. C'est à l'origine de la convention qu'il faut s'arrêter pour savoir s'il est permis de la prouver par témoins.

46. Pothier ajoute, nº 256 " Mais si le demandeur offrait la " preuve testimoniale, non de la vente faite pour le prix de " 200 fr., non d'un prêt de 200 fr., mais de la promesse que " lui aurait faite le défendeur de *lui payer les* 60 *fr. qui* " *restaient dus*..., je pense, dit-il, qu'il devrait être reçu à la " preuve ; car cette promesse est une nouvelle convention " n'excédant pas 100 fr. : rien n'empêche que la preuve testi- " moniale en puisse être admise."

Cette opinion de Pothier nous paraît juste, et n'a rien de contraire à l'art. 1344 du Code.

La déclaration du créancier, qu'il a existé une créance plus forte, dont celle qu'il demande fait partie, n'empêcherait point aujourd'hui la preuve testimoniale, dans le cas proposé, parce que c'est une nouvelle obligation, postérieure à la première, qu'il s'agit de prouver par témoins. Ce n'est point une réduction de l'ancienne créance.

J'avais prêté verbalement à Paul 300 fr., restituables dans un an. A l'échéance du terme, il m'apporte 200 fr. seulement, en me promettant, devant plusieurs témoins, de me rendre le surplus dans un mois.

Cette promesse, que j'ai acceptée, est un nouveau côntrat qui peut être prouvé par témoins, parce que la somme qui en est l'objet n'excède pas 150 fr.

Il n'importe que je déclare ou que j'énonce que la somme de 100 fr. est le restant d'un prêt de 300 fr., puisque je ne demande point à prouver par témoins cet ancien prêt, mais seulement une convention nouvelle, par laquelle Paul a promis de me compter une somme de 100 fr.

La mention que je fais de l'ancien prêt de 300 fr. n'a d'autre objet que d'indiquer la cause de la nouvelle créance que je réclame.

L'offre de la prouver par témoins ne paraît donc nullement contraire à la disposition bien entendue de l'art. 1344 du Code.

Les témoins de la nouvelle convention ne seront même que fort rarement les mêmes personnes que les témoins de l'ancien prêt.

Cette question résolue par Pothier est, comme on voit, absolument différente de la question de savoir si le Code autorise la preuve testimoniale, lorsque le créancier, pour la faire admettre, dissimule que la somme de 100 fr. ou 150 fr., qu'il demande, fait partie ou est le restant d'une somme plus forte.

47. Il nous reste à examiner la disposition finale de l'art.

1344, qui ne défend d'admeitre la preuve testimoniale d'une créance moindre de 150 fr., restant d'une somme plus forte, que dans le cas où cette créance plus *forte n'est point prouvée par écrit.*

Il paraît d'abord bien difficile d'imaginer un cas où le créancier soit obligé de recourir à la preuve testimoniale, lorsqu'il demande le restant d'une créance plus forte qui *est prouvée par écrit.*

Il faut donc, pour donner un sens raisonnable à la disposition finale de l'art. 1344, supposer que l'écrit qui formait cette preuve n'est plus en la possession du créancier.

S'il l'a perdu *par suite d'un cas fortuit, imprévu ou résultant d'une force majeure*, point de difficulté. L'art. 1348 permet en ce cas la preuve testimoniale, comme nous le verrons dans la suite. Si le créancier se trouve dessaisi de son titre d'une autre manière, l'article 1348 demeure sans application.

L'art. 1344 ne peut-il pas offrir une ressource en certains cas?

Par exemple, Paul me doit 1,000 fr., dont il m'avait donné son billet. Le terme étant arrivé, il se présente pour me payer; mais il se trouve qu'il n'a pas la somme entière. Il ne me compte que 900 fr., et promet, en présence de plusieurs personnes, de me rendre le surplus sous peu de jours. Plein de confiance dans sa promesse, je lui rends néanmoins le billet; mais il manque à sa parole, et je suis contraint de le faire citer en justice.

Puis-je être admis à la preuve testimoniale? Oui, sans contredit; elle devrait être reçue, quand même la créance de 1,000 fr., n'eût pas été prouvée par écrit; car il ne s'agit pas de prouver l'ancienne créance de 1,000 fr., mais une nouvelle convention dont l'objet est au-dessous de 150 fr. C'est le cas proposé par Pothier, dont la décision est fortifiée par l'art. 1344, dans le cas où il a existé une preuve écrite de la première créance de 1,000 fr.

Il est pourtant vrai que cet article dit au présent:

" Une créance plus forte qui n'est pas prouvée par écrit."

Il ne dit pas qui *n'était* pas prouvée par écrit.

Néanmoins, nous pensons qu'il faut entendre l'article dans ce dernier sens, c'est-à-dire dans le cas où la preuve écrite n'est plus en la possession du créancier.

Autrement, il nous serait impossible de trouver un sens raisonnable à la disposition finale de cet article; car, si la preuve écrite était encore au pouvoir du créancier, la preuve testimoniale serait superflue.

---

* *C. N.* 1344. } La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

1237. [Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes qui réunies forment une somme qui excède cinquante piastres, la preuve par témoins peut être admise, si ces créances procèdent de différentes causes ou ont été contractées à des époques différentes et étaient originairement chacune d'une somme moindre que cinquante piastres.]

1237. [If in the same action several sums be demanded which united form a sum exceeding fifty dollars, proof by testimony may be received if the debts have arisen from different causes or have been contracted at different times, and each were originally for a sum less than fifty dollars.]

---

9 *Toullier*, *Contrats*, *n°* 48. } 48. Si l'on ne peut prouver par témoins une créance de 150fr., ou même moindre, lorsqu'elle est le restant d'une créance plus consi-

dérable, parce que c'est à l'origine de la créance qu'il faut se reporter, pour savoir si elle peut être prouvée par témoins, cette preuve peut-elle être admise dans le cas d'une demande contenant plusieurs créances formées en différens temps, provenant de causes différentes, et dont chacune, dans l'origine, est au.dessous de 150 fr., mais qui, jointes ensemble, excèdent cette somme ?

En ne suivant que les déductions du raisonnement et le droit romain, qu'on appelle en jurisprudence la raison écrite, il faudrait dire que la preuve doit être admise, parce qu'on n'aperçoit dans l'admission rien de contraire à la prohibition de la loi.

Je vous ai prêté, le 1er janvier, 100 fr., en présence de Caïus et de Titius. Le 1er mars, je vous ai vendu un meuble quelconque, pour le prix de 100 fr., en présence de Paul et de Charles.

La loi ne m'ordonnait de constater par écrit aucune de ces deux conventions, parce que la valeur de chacune n'est que de 100 fr. : je ne puis donc être privé du droit de les prouver par témoins. Ainsi, je puis demander la somme de 200 fr., savoir : 1° 100 fr. pour le prêt que je vous ai fait le 1er janvier, et 100 fr. pour la vente du 1er mars, et offrir de prouver le prêt par les témoignages de Caïus et de Titius, et la vente par le témoignage de Charles et de Paul.

La loi 11, *ff. de jurisdict.*, 2, 1, fournit, en faveur de cette décision, l'argument le plus fort : *Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus ; apud eum agi posse Sabino, Cassio, Proculo placuit : quæ sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est.*

Aussi Boiceau, commentateur de l'ordonnance de Moulins, ne doutait point que la preuve ne fût admissible en ce cas.

Il ne croyait pas nécessaire de s'arrêter à cette décision, trop connue, disait-il, de tous les praticiens.

Cependant M. Pussort, rédacteur de l'ordonnance de 1667,

présenta aux magistrats assemblés par ordre du roi, pour donner leur avis sur le projet de loi, un article qui rejetait la preuve testimoniale, lorsque les demandes du créancier, jointes ensemble, excèdent 100 livres, quoique provenant de différentes causes, et en divers temps.

Cet article fut combattu, avec beaucoup de supériorité, par le premier président Lamoignon, qui dit que l'article était contre le droit et contre l'usage, si, par exemple, il est dû 300 liv. *pour diverses causes, que la preuve en soit différente, que les témoins et les lieux le soient aussi.*

M. Pussort ne donna qu'une réponse évasive. Il dit qu'il s'agissait dans l'article d'empêcher que, par le moyen *de deux faux témoins, l'on ne se rendît maître du bien des hommes;* crainte absolument illusoire dans le cas proposé, puisque les témoins sont différens sur chaque chef de demande au-dessous de 100 liv., aujourd'hui 150 fr.

L'amour-propre du rédacteur l'emporta sur ces raisons sans réplique, et l'article fut, avec quelque différence de rédaction, conservé dans l'ordonnance, tit. 20, art. 5, ainsi qu'un autre article ajouté, pour empêcher qu'on n'en éludât la disposition.

La précipitation avec laquelle ils étaient forcés de travailler, ne permit pas aux rédacteurs du Code civil de s'arrêter à peser les avantages ou les inconvéniens de chaque disposition qu'ils prenaient dans les lois anciennes.

Les deux articles, si justement critiqués, ont donc passé sans examen dans le Code, dans l'art. 1345.

---

* *C. N.* 1345. } Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient

formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

SECTION IV.

DES PRÉSOMPTIONS.

1238. Les présomptions sont établies par la loi, ou résultent de faits qui sont laissés à l'appréciation du tribunal.

SECTION IV.

OF PRESUMPTIONS.

1238. Presumptions are either established by law or arise from facts which are left to the discretion of the courts.

---

* *Menochius*, *De præsump.*, *Lib.* 1, *quæst.* 3, *p.* 6, 7. } Quæro tertio, quæ dicatur præsumptio juris et de jure, quam necessariam appellare etiam possumus ? Prius dicendum est, necessariam dici præsumptionem, cum aliquibus positis, necessario inde efficimus, quod intendimus. Et hanc violentam, vel verius violentissimam nostri appellant Rhetores vero alio nomine signum, de quo suo loco fusius dicemus vocant : statutum Venetum *in prologo secundo*, *numero* 10 appellat hanc præsumnem necessariam. Ducitur hæc artificialis necessaria probatio, seu præsumptio vel à naturalibus principiis, vel ab humanis : à naturalibus principiis hoc modo nascitur. Alio etiam exemplo usus est Baldus loco jam citato, si probatum extitit homini amputatum fuisse caput, inde descendet necessaria atque violenta præsumptio, hominem illum esse vita defunctum. Et his simile exemplum, si dicimus fumus è domo exivit ergo ibi ignis adfuit. Natura enim hoc efficit. Non est dissimile exemplum, quo utitur Fabius *dicto libro* 5 *instit. oratoria cap.* 9 et jure nostro probatur in *l. optimam C. de contrahen. et committen. stipulat.* Si exhibeo instrumentum hic Patavii inter me et te confectum, die decima Septembris, inde necessaria fiet, me ea die decima Septembris Romæ non fuisse : Cùm ob maximam locorum distan-

tiam fieri non possit, ut eadem die esse potuerim utroque in loco. Hoc etenim miraculosè, non autem natura effici potest. Quemadmodum usu venisse divo Ambrosio, memoriæ prodidit Bald. *in d. l. optimam.* Divus enim Ambrosius (ait ille) manè Missam celebravit Romæ, et eademmet die visus est Mediolani. Et de Beato Isidoro idem scriptum reliquit Boërius *quæst.* 165, *num.* 7. Illud quoque exemplum huc spectat, quod si affirmant testes se noctis tempore vidisse maleficum Caium occidisse, et ipsum homicidam de facie novisse, si probetur lumen eo tempore non adfuisse, lunamque ea nocte illunem extitisse, et tantam fuisse locorum distantiam, ut humanus oculus, quanquam lynceus (ut est in veteri proverbio) videre non potuerit : inde fiet necessario, testes illos id falso afferuisse. Quod Athenis aliquando contigisse scripsit Plutarchus *in vita Alcibiadis.* Et in jure nostro probatur auctoritate Baldi *in l. si cum exceptione*, § *in hac ff. quod metus causa* & Jason *in l. non minorem*, *num.* 4. *C. de transactio* & idem scripserunt Decius *conf.* 163, *col.* 3. Everard *in centuria legali in loco à natura*, *num.* 1. Hæc violenta præsumptio à naturalibus causis & principiis nata, contrariam probationem non admittit. Nam auctore Baldo *in rub. C. de probatio. num.* 6. *versic. exemplum de primo :* est hoc argumentum concludens à necessitate naturæ, que vi humana, ut aliter se habeat effici non potest. Qua enim ratione & medio probari poterit contrarium ejus, quod natura ipsa, quæ evidentem adsert certitudinem, docet atque commonstrat ? probatio seu violentissima presumptio rato usu venit, quod major pars indiciorum circa humanas versatur actiones, quæ certum sibi ac necessarium eventum præsinire nequeunt : quemadmodum Aristoteles *lib. primo Rhetor. cap.* 5. scriptum reliquit : Et inibi annotarunt eruditissimi Barbarus, Victorius & Majoragius. Necessaria hæc probatio, seu violenta præsumptio ab humanis quoque principis oritur. Cùm scilicet nascitur ab indiciis atque conjecturis humana lege & ratione probatis. Quæ sanè apparentes conjecturæ sunt : & à Baldo *in rubri. C. de probatio. numer.* 6. *versi. exemplum de secundo.* appellatur

necessitas legetima. Necessaria etiam præsumptio à Specul. *in titul. de præsumptio.* § *species. numero* 5. appellatur præsumptio juris & de jure. Sic dicimus Ajacem ab Ulysse occisum, quod post odia antiqua inter eos, Ulyssem ipsum vidimus, nudo gladio et cruento, juxta Ajacis cadaver consistere. Quo sanè exemplo vitutur M. Tullius *lib.* 1 *ad Herennium.* Ita pariter si probatur te exivisse domo districto gladio, cruore madido, vesteque cruenta, & in domo repertum esse cadaver, teque fuisse mortui inimicum : necessario hinc orietur probatio, ducta à ratione humana, & conjecturis ita apparentibus confirmata, ut dicendum sit, te illum occidisse. Quod exemplum ad rem hanc declorandam attulit Fabius *lib.* 5. *inst. oratoria cap.* 9. Et ex nostris probarunt Bald. *in l. fur. est num.* 2. *ff. de furtis.* Boër. *quæst.* 166. *num.* 2. & Grammat. *decis.* 42. *num.* 4. & suo loco uberiùs dicemus. Hæc tam efficax & violenta præsumptio etsi efficacior ea sit, quæ à natura descendit : cum hæc aliter se habere possit, quam re ipsa sit : Attamen vix fieri potest, quod contrariam probationem admittat. Extenuari quidem aliqua ex parte potest : ex integro dilui non potest. Extenuabitur si probetur occisum insanum fuisse, & aliquando, nisi præsto aliqui fuissent, sibi manum intulisse : & inter occisum illum & accusatum levem extitisse inimicitiam. Qua ratione dicendum est adversus hanc præsumptionem directo contrarium probari minimè posse. Hinc observandum est, quod si lex præsumptionem aliquam quæ à naturalibus, vel humanis principiis ortum habet, approbat, atque ita statuat, vel nullam omnino contrariam probationem, vel indirectam ad extenuandu tantùm (ut diximus) prudens index admittet. Et idcirco hanc necessariam probationem artificialem (ut attigimus) appellant nostri præsumptionem juris & de jure. Lex enim ita præsumit ut verum illud esse statuat, contrariumque probari non posse decernat. Nam legis auctoritas hoc certum esse facit. Et ob id congruo nomine fidei certitudo, non ab evidentia rei, non à ratione ducta, sed ab auctoritate credibili appellatur. Quamobrem Baldus *in rubr. C. de probat. num.* 4. hanc præ-

sumptionem juris & de jure ita definit, vel describit potiùs, ut sit animi legislatoris applicatio ad verisimile, confirmata sanctione. Et Baldum secutus est Curtius Junior *in conf.* 4, *numero* 15. & *in conf.* 50. *num.* 5. Verùm plenius ac fortè melius idem Baldus *in l. ea quidem*, *num.* 6. *C. de accus.* ita describit. Præsumptio juris & de jure est status à jure promulgatus ex indubia conjectura. Quam diffinitionem ait probari *in l. ostendimus.* § *ult. ff. de fidejussor. tuto.* Alciat, vero *in tract. de præsumpt. in præludiis par.* 2. *num.* 3. ita diffinit. Est dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumptio, tanquàm sibi comperto statuentis. Quam sanè diffinitionem ait probari *in c. is qui fidem. de sponsat.* Hæc presumptio juris & de jure inde sumpsit nomen. Nam præsumptio juris dicitur, qui à lege introducta est : Et de jure, quia super tali præsumptione lex inducit firmum jus, & habet eam pro veritate. Ita declarat Baldus *in l. sine possidetis. num.* 6. *C. de probat.* & Baldum secutus est Felinus *in c. quanto. num.* 3. *de præsumpt.* & idem scripsit Alciat. *in tract. de præsumpt. in præludiis*, *num.* 3. Et statutum Venetum *in prologo secundo*, *num.* 10. statuit non admitti contrariam probationem. Quocirca scriptum à multis est illam dici præsumptionem juris & de jure, que in lege scripta est : & ita ab ea fancitum, ne contrarium probari possit. Ita traduunt Bald. *in rubric. extr. de præsump. num.* 1. Innoc. *in cap. quia verisimile. num.* 2. *de præsump.* Alex. *in l. inter stipulantem* § 1. *num.* 3. *de verborum obligat.* post Comesem *ibi.* Idem docuit Roman. *in l. si duo. num.* 8. *ff. de acquirend. hæred.* qui egregiè scribit, quod si statutum introduceret aliquod genus probationis, & illud vellet esse plenam probationem diceretque, quod illi omnimoda fides adhibeatur, hanc esse præsumptionem juris & de jure, & hujus sententiæ glossam & Baldum recenset. Ita etiam docuit Cardin. Alexan. *in c. is qui fidem*, *num.* 23 *de sponsal.* quod violenta præsumptio nunquam dicitur, nisi lex ita eam exprimat. Id quod scribunt & Salicet. *in rub. C. de probat.* & Gulielmus Mayner. *in l. in obscuris. num.* 7. *de regulis juris.* Curt. Junior. *cons.* 50. *num.* 5. Verum docuit Felin.

in d. c. quanto, colum. 2. versi. et dicitur de jure, et c. non esse possus, quod lex expressim rejiciat probationem contrariam. Et ejusdem opinionis recenset Abba. *ibi. nu. 2. versi. unde scias.* Quorum traditio non adversatur jam relatis. Cùm idem illi sentiant, si rectè perpendatur. Illud quoque de hac presumptione juris & de jure annotandum est, illam fumi semper ex actis præteriti temporis, non autem ex futuro. Ita sensit & rectè Everardus *in Centuria legali, in loco, à tempore ad tempus, nu. 2.*

---

* 5 *Marcadé, sur art.* 1349 *C. N.* } I.— A défaut de preuves proprement dites, c'est-à-dire de nature à donner, ou à peu près, la certitude de la vérité de l'allégation, la loi se contente des présomptions qui en procurent la simple vraisemblance, la probabilité. Ces présomptions, dit notre article, sont des conséquences tirées d'un fait connu à un fait inconnu ; mais cette définition, si elle était prise à la lettre, s'appliquerait à toute preuve quelconque d'un fait ; car cette preuve ne se fait jamais que par l'induction du connu à l'inconnu. La loi n'entend donc parler ici que des conséquences *conjecturales* et tirées, du connu à l'inconnu, par voie de pure probabilité.

Du reste, on voit que les présomptions, que l'on peut opposer aux preuves en prenant ce dernier mot dans son sens spécial, deviennent elles-mêmes des preuves, dans le sens large du mot, et sont admises comme telles par le Code, puisqu'elles forment ici la troisième des classes de preuves que nous avions à étudier, et que nous avait indiquées l'art. 1316.

II.—Les présomptions se divisent en présomptions *légales* ou *de droit*, et en présomptions *de l'homme* ou *de fait*, selon que l'induction qui les constitue est faite par la loi elle-même ou par le magistrat. Nous allons voir que les présomptions légales se subdivisent en simples ou *juris tantùm*, et en absolues, que l'on a appelées *juris et de jure.*

Un premier paragraphe est consacré par le Code aux pré-

somptions légales ; un second s'occupe des présomptions de l'homme.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 839. } 839. On peut définir la *présomption*, un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée d'une autre chose.

Ces conséquences sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement : *Præsumptio ex eo quod plerumquè fit. Cujas, in Parat. ad tit.* Cod. *de Probat. et præs.*

Par exemple, la loi présume qu'une dette a été payée, lorsque le créancier a rendu au débiteur son billet; parce que communément et ordinairement le créancier ne remet au débiteur son billet qu'après le paiement de la dette.

Alciat dit que ce terme *præsumptio*, *présomption*, dérive de *sumere* et de *præ*, parce SUMIT *pro vero*, *habet pro vero*, elle fait tenir quelque chose pour vrai, PRÆ, *id est antequâm aliundè probetur*, sans qu'il soit besoin d'en faire d'autre preuve.

La présomption diffère de la preuve proprement dite: celle-ci fait foi directement et par elle-même d'une chose; la présomption en fait foi par une conséquence tirée d'une autre chose.

Ceci s'éclaircira par des examples.

La foi que fait l'acte portant quittance du paiement d'une dette, est une *preuve littérale* du paiement de cette dette: la foi que font les dépositions des témoins qui ont vu le créancier recevoir de son débiteur la somme qui lui était due, en est une *preuve vocale ;* car la quittance et ces dépositions de témoins font foi par elles et directement de ce paiement.

Mais la foi que les quittances des trois dernières années de ferme, font du paiement des années précédentes (1), est une *présomption ;* parce que ce n'est pas par elles-mêmes et directement que ces quittances en font foi, mais par une consé-

(1) Ce ne serait aujourd'hui qu'une présomption du magistrat et non de la loi. (BUGNET).

quence que la loi tire du paiement des trois dernières années, "que les précédentes ont été payées," laquelle conséquence est fondée sur ce qu'il est ordinaire de payer les anciennes fermes avant les nouvelles.

Il y a, dans la matière des obligations, différentes espèces de présomptions : il y en a qui sont établies par une loi, qu'on appelle *présomption de droit ;* et d'autres qui ne sont établies par aucune loi, qu'on appelle *présomptions simples.*

Entre les *présomptions de droit*, il y en a qui sont *présomptions juris et de jure ;* les autres sont simplement *présomptions de droit*, *præsumptiones juris.*

---

* *C. N.* 1349. } Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

1239. Les présomptions légales sont celles qui sont spécialement attachées par la loi à certains faits. Elles dispensent de toute autre preuve celui en faveur de qui elles existent ; quelques unes peuvent être repoussées par une preuve contraire ; d'autres sont présomptions *juris et de jure* et aucune preuve ne peut leur être opposée.

1239. Legal presumptions are those which are specially attached by law to certain facts. They exempt from making other proof those in whose favor they exist ; certain of them may be contradicted by other proof ; others are presumptions *juris et de jure* and cannot be contradicted.

---

* 3 *Cujas, sur tit.* 23, *De præsumptionibus, liv.* 2. *Decret. p.* 125. } Ab iis quæ judex comperta habet ex testibus vel instrumentis, diversa sunt, quæ ex facto ipso, quo da agitur,

vel circumstantiis, ex antecedentibus, vel insequentibus animo præsumit. Quarum tamen, si jure approbate eæ præsumptiones sint, non minor vis est, quam instrumentorum aut testium, imo et tanta vis nonumquâ, ut vix côtrariæ probationes admittantur. Quos tamen probationes sæpe numero admitti non nego, contra præsumptiones scilicet. Ab eo quidem, pro quo præsumptis facit, nulla probatio exigitur. Contraria tamen probatio contra ea sæpe recipitur, etiâse præsumptio jure recepta et prodita sit, maximè si ita relata sit ea præsumptio in corpus juris et recepta, ut ei staretur donec contrarium approbaretur.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n*° 840-1-2. } 840. Les *présomptions juris et de jure* sont celles qui font tellement preuve, qu'elles excluent toute preuve qu'on voudrait faire du contraire.

Alciat définit ainsi la présomption *juris et de jure: Est dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumpto tanquàm sibi comperto statuentis.*

Elle est, dit Menoch. (*Tr. de Præsumpt.*, lib. 1, quest. 3), appelée *præsumptio* JURIS, parce que *à lege introducta est;* ET DE JURE, parce que *supertali præsumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate.*

841. Ces présomptions *juris et de jure* ont quelque chose de plus que la preuve littérale ou vocale, et même que la confession.

La preuve littérale, aussi bien que la vocale, peut être détruite par une preuve contraire ; elle n'exclut pas celui contre qui elle milite, d'être écouté, et reçu à faire, s'il le peut, la preuve du contraire.

Par exemple, si le demandeur qui se prétend mon créancier d'une somme de 100 livres qu'il prétend m'avoir prêtée, produit une obligation devant notaires, par laquelle j'ai reconnu qu'il me l'avait prêtée, la preuve littérale qui résulte de cette obligation, peut être détruite par une preuve contraire, et

elle ne m'exclut pas d'être écouté à faire, si je le puis, la preuve du contraire, *putà* en rapportant une contre-lettre par laquelle le demandeur aurait reconnu que je n'ai pas reçu la somme portée par la dite obligation.

Il en est de même de la confession, quoique faite *in jure.* Nous avons vu en la section précédente, que la preuve qui en résulte peut être détruite par la preuve que peut faire celui qui l'a faite, que c'est une erreur qui y a donné lieu.

Au contraire, les présomptions *juris et de jure* ne peuvent être détruites, et la partie contre qui elles militent, n'est pas admise à prouver le contraire, comme nous le verrons dans les sections suivantes.

La principale espèce de présomption *juris et de jure*, est celle qui naît de l'*autorité de la chose jugée:* comme elle mérite d'être traitée avec étendue, nous la traiteront *ex professo* dans la section suivante.

La présomption qui naît du *serment décisoire*, est aussi une espèce de présomption *juris et de jure*, dont nous traiterons en la quatrième section, où nous traiterons des *serments.*

842. Les *présomptions de droit* sont aussi établies sur quelque loi, ou par argument de quelque loi ou texte de droit, et sont pour cela appelées *præsumptiones juris.* Elles font la même foi qu'une preuve, et elles dispensent la partie en faveur de qui elles militent, d'en faire aucune pour fonder sa demande ou ses défenses : mais, et c'est en cela qu'elles diffèrent des présomptions *juris et de jure*, elles n'excluent pas la partie contre qui elles militent, d'être reçue à faire la préuve du contraire; et si cette partie vient à bout de la faire, elle détruira la présomption.

---

3 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 604. } Les présomptions légales sont de deux espèces: celles qui ne font que dispenser de l'obligation de faire la preuve celui qui a la présomption pour lui, *præsumtiones juris in specie;* et celles contre lesquelles aucune preuve n'est admise, c'est-à-dire, qui ne permettent pas de prouver la fausseté de la con-

clusion tirée par la loi d'un certain fait (1), *præsumptiones juris et de jure*, art. 1352 V. art. 1350.

Les présomptions légales sont généralement de la première espèce ; elles admettent par conséquent la preuve contraire, lors même que la disposition de loi sur laquelle repose la présomption n'a pas expressément réservé cette preuve à la partie intéressée.

Les seules présomptions de la seconde espèce, *præsumpsiones juris et de jure*, sont celles en vertu desquelles la loi déclare la nullité d'un acte (2), ou dénie le droit (3) d'intenter une action (4). Mais lors même que la loi attribue cet effet à une présomption, cette présomption retombe sous la règle générale, et demeure par conséquent une *præsumptio juris in specie*, si la loi réserve expressément la preuve du contraire (5), art. 1352 (6).

(1) Mais de la définition des présomptions *juris et de jure* il ne faut pas conclure que celui qui invoque une présomption légale ne soit pas tenu de prouver le fait sur lequel elle repose. V. Toullier, 10, n. 57 et s. (Note de MM. Massé et Vergé).

(2) [Tels sont les cas où la loi annulle une libéralité comme faite à une personne interposée, art. 911, 1099 et 1100.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) [Ou plutôt accorde une exception péremptoire contre une action; telle est l'exception de la chose jugée. V. *inf.*, § 609.] (Note de MM. Massé et Vergé.

(4) Ces deux cas sont les seuls qui n'admettent pas la preuve contraire, Toullier, 10, n. 31 et s.; Pigeau, 1, p. 214; Duranton, 13, n. 412 et s. (Note de MM. Massé et Vergé.)

(5) Fapard, v° *Présomption*, § 1, n. 1. [V. art. 312, 313 et 2279.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(6) L'art. 1352 ajoute: "... Et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires." Cela ne veut pas dire que toute présomption *juris et de jure* puisse être infirmée par le serment ou par l'aveu judiciaire; mais seulement que toutes les fois que la preuve contraire est admissible, le serment peut aussi être déféré, Duranton, *Des contrats*, 4, n. 1418. [Cette restriction ne nous paraît pas fondée et est contredite par les termes même de l'art. 1352 qui se réfère à l'aveu et au serment comme à des moyens particuliers de preuve, indépendants et distincts de la preuve

On trouve des exemples de présomptions de la première espèce dans les articles 312, 472, 502, 654, 666, 670, 721 et s.; 1082, 1283, 1597 et 1908; et de présomptions de la seconde espèce dans les articles 472, 911, 1100, 1351 et 1597. Les cas prévus dans l'article 1350 se rangent en partie dans la première, en partie dans la seconde espèce. D'ailleurs, la preuve qui peut être administrée contre une présomption légale de la première espèce est également soumise aux règles qui s'appliquent à la preuve en général. Cependant une présomption légale ne peut être infirmée par de simples présomptions de fait (1).

---

* *C. N.* 1352. } La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.

Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annulle certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

contraire dans les cas où elle est réservée. L'aveu produit donc son effet, et le serment décisoire peut donc être déféré à l'encontre des présomptions *juris et de jure,* pourvu d'ailleurs qu'on se trouve dans une matière où l'aveu et le serment sont admissibles, Demante, 2, n. 841; Bonnier, n. 668; Marcadé, sur l'art. 1352.] (Note de MM. Massé et Vergé.

(1) Toullier, 10, n. 65; Merlin, *Quest.*, v° *Douanes*, § 12; Angers, 6 mars 1855, S. V., 33, 2, 244. [Cette distinction ne résulte pas de l'art. 1352; dans tous les cas où la preuve contraire est admise contre une présomption légale, cette preuve contraire peut être faite par tous les moyens autorisés par la loi et par conséquent par simples présomptions de fait, Marcadé, sur l'art. 1352.] Mais une présomption légale ne peut être infirmée par des présomptions de fait générales, et qui ne sont pas tirées de la nature spéciale de la question à décider. [C'est-à-dire qu'on ne peut combattre une présomption légale par des considérations générales qui ne seraient pas tirées de la cause même, et qui tendraient à prouver, non que dans le cas particulier la présomption légale est combattue par des faits contraires, mais qu'en thèse générale elle ne doit pas avoir l'autorité que lui reconnaît le législateur.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1240.]

1240. Nulle preuve n'est admise contre une présomption légale, lorsque, à raison de telle présomption, la loi annulle certains actes ou refuse l'action en justice, à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui est réglé relativement aux serments et à l'aveu judiciaire de la partie.

1240. No proof is admitted to contradict a legal presumption, when, on the ground of such presumption, the law annuls certain instruments or disallows a suit, unless the law has reserved the right of making proof to the contrary, and saving what is provided with respect to the oaths or judicial admissions of a party.

Voy. autorités sur arts. 1238-9.

---

* 10 *Toullier*, *Contrats*, *nos* 48, 49, 50, 52, 53, 54, 60. } 48. Au reste, quoiqu'il ne l'énonce pas, parce qu'une vérité rationnelle n'a pas besoin d'être énoncée, le Code reconnaît et suppose le principe si énergiquement établi par d'Aguesseau, que la présomption doit céder à la vérité, et que par conséquent " la preuve contraire à la présomption légale " peut être admise, quoique la loi ne la réserve pas, parce " qu'il est dans la nature des présomptions qu'elles cèdent à " la preuve contraire." Ce sont les expressions du tribun Jaubert, dans son rapport au Tribunal.

49. Mais le Code n'en reconnaît pas moins, par exception, qu'il y a des présomptions légales contre lesquelles la preuve contraire ne peut être admise.

Voici la règle simple qu'il donne pour les reconnaître, dans la disposition finale de l'art. 1352 :

" Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, " lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annulle " certains actes ou dénie l'action en justice."

Ainsi, voilà les deux seuls cas où le Code défende d'admettre la preuve contraire à la présomption de la loi :

1° Lorsque, sur le fondement d'une présemption, elle annulle certains actes ;

2° Lorsque, sur le même fondement, elle dénie l'action en justice.

50. Avant d'appliquer notre règle à de nouveaux exemples, il faut rechercher pourquoi, dans les deux cas indiqués, plutôt que dans les autres, la preuve contraire à la présomption légale n'est pas admise.

Nous en avons déjà touché la raison, n° 46, en parlant de ces individus privilégiés de la nature, dont la raison précoce a devancé l'âge, et qui néanmoins ne peuvent être exceptés de l'incapacité prononcée contre les mineurs en général.

Casa-Regis, où nos législateurs semblent avoir puisé la disposition finale de l'art. 1352, nous en indique une raison pleine de sagesse. Lorsque, dit cet auteur, dans le but de prévenir *toute occasion de fraude*, la loi ou le statut annulle quelque acte, elle comprend même les cas où il serait constant qu'il n'a point été commis de fraude, mais où il pouvait s'en commettre.

Ubi aliqua lex vel statutum annulans aliquem actum, editum fuit ad removendas omnes fraudis occasiones, comprehendit etiam casum, in que constaret nullam fraudem fuisse commissam; quia lex aut statutum providens in genere ad obviandas fraudes, non est restringendum ad eos casus tantum, in quibus fraus commissa est, sed ad omnes alios extenditur, in quibus licet nulla fraus commissa fuerit, committi poterat.

Et pourquoi la disposition qui annulle l'acte s'étend-elle au cas même où il n'a pas été commis de fraude, mais où il pouvait s'en commettre? Pourquoi rejeter la preuve qu'il n'en a pas été commis? C'est que cette preuve, outre qu'elle serait toujours incertaine, comme toutes les preuves judiciaires, pourrait elle-même devenir une occasion de fraude.

Il est possible sans doute qu'en rejetant la preuve contraire à la présomption qui sert de fondement à sa disposition, la

loi entraîne une injustice en certains cas rares ; quelle est la loi qui n'en entraîne pas quelquefois ?

Mais le législateur a présumé, il a jugé, *super præsumpto statuit*, que l'admission de la preuve contraire pourrait en entraîner davantage. Il l'a donc défendue : *Nam ad ea potius debet aptari jus quæ et frequenter et facile, quam quæ perraro eveniunt. Loi* 6. *ff. de leg.*

52. Donnons un dernier exemple des cas où la preuve contraire à la présomption légale n'est point admise, parce que la loi prononce la nullité des actes :

La loi déclare nulles les donations faites à des incapables, sous le nom de personnes interposées. Cette interposition des personnes est une fraude à la loi. Il faut la prouver, et la preuve en est toujours très difficile, souvent impossible. Mais l'observation nous apprend qu'assez ordinairement on choisit pour fidéicommissaires ou personnes interposées, les pères et mères, les enfants, l'époux de la personne incapable.

De ce fait, connu par l'observation, le législateur a tiré cette conséquence ou cette présomption, qu'il a convertie en disposition expresse :

" Seront réputés personnes interposées les pères et mères, " les enfants et descendans, et *l'époux* de la personne incapable."

Supposons qu'à Rennes, où elle demeure, Titia, dans sa dernière maladie, donne tous ses biens à son ancienne amie Caïa, demeurant à Paris ; les héritiers collatéraux de la donatrice attaquent la donation, parce qu'ils découvrent que le médecin qui a traité Titia est le mari de Caïa, circonstance qui le rend personnellement incapable de recevoir, ainsi que sa femme, que l'art. 911 répute personne interposée.

Caïa répond qu'il est impossible de la croire personne interposée, pour faire passer à son mari les biens compris dans la donation ; elle offre de prouver qu'il est malheureusement notoire qu'il existe entre eux une inimitié capitale et invétérée, dont le scandale a retenti dans les tribunaux ; qu'enfin, un arrêt les a solennellement séparés de corps et de biens;

que loin de s'être réconciliés, elle est allée vivre à Paris pour fuir la présence d'un homme qu'elle déteste, et dont elle est également détestée. Quelque fortes que soient ces circonstances, la preuve n'en doit pas être admise contre la disposition de l'art. 1352. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annulle les actes.

En réputant personne interposée l'époux de l'incapable, l'art. 911 n'a point excepté l'époux séparé de corps et de biens. La séparation ne rompt pas les liens du mariage.

Les circonstances alléguées seraient plus que suffisantes pour détruire le soupçon d'interposition, s'il s'agissait d'une simple présomption de l'homme; mais il s'agit d'une présomption de la loi, établie dans la vue non-seulement de prévenir la fraude, mais encore d'en déraciner jusqu'à l'occasion.

On trouve d'autres exemples de nullités des actes prononcées sur des présomptions légales de fraude, présomptions contre lesquelles, par conséquent, la preuve contraire n'est point admise dans l'article 444 du Code de commerce, dans les art. 1596 et 1597 du Code civil et ailleurs.

53. Voici maintenant des exemples où la loi, sans annuler les actes, dénie l'action en justice, sur le fondement d'une présomption.

Le jeu n'étant qu'un contrat aléatoire et conditionnel, qu'une donation réciproque que se font les parties sous une certaine condition, n'a rien en lui-même de contraire à l'équité naturelle; mais les abus presque inséparables des jeux de hasard ont toujours rendu suspectes les obligations pour dettes du jeu.

Les anciennes ordonnances les déclaraient nulles et de nul effet; elles présumaient que toutes les dettes du jeu étaient le fruit du dol et de la supercherie, ou de la déloyauté, tout au moins d'une passion aveugle et violente, qui n'avait pas laissé au débiteur le calme et la raison nécessaires pour s'obliger valablement.

Le Code n'a point trouvé ces soupçons assez forts pour déclarer absolument nulles les obligations qui ont pour cause des dettes du jeu ; mais dans le doute si elles sont légitimes ou non, il a refusé d'accorder au créancier une action pour en exiger le paiement en justice : " La loi n'accorde aucune " action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari " (1965).

Le créancier ne peut donc, pour faire évanouir la présomption sur laquelle est fondée cette disposition, être admis à prouver que l'argent perdu a été gagné sans surprise et avec une parfaite loyauté. On lui répondrait, avec l'art. 1352, que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice.

Il en résulte que, quoiqu'à défaut d'expression de la cause dans le billet dont on lui demande le paiement, le débiteur soit reçu à prouver, même par témoins, que le billet a pour cause une dette du jeu, le créancier ne peut être admis à prouver que la dette est légitime, et qu'il n'y a eu ni surprise ni déloyauté de sa part, ni défaut de présence d'esprit de la part du débiteur.

Inutilement objecterait-on que toute preuve doit être respective, et que si le débiteur est reçu à prouver que la dette est illégitime, parce qu'elle a pour cause le jeu, le créancier doit être admis à prouver la légitimité de la dette.

Ce n'est point là ce dont il s'agit, mais uniquement du fait de savoir si c'est une dette du jeu. La preuve de ce fait doit être respective sans doute.

Quant au point de savoir si le créancier a joué loyalement, si le débiteur jouissait de toute sa présence d'esprit, au moment où il a perdu son argent, la preuve n'en est pas recevable contre la présomption de la loi ; ce serait accorder au créancier une action que la loi lui dénie.

54. La prescription afin de se libérer nous offre encore l'exemple d'une présomption légale contre laquelle la preuve

n'est point admise, parce que la loi dénie l'action, en la déclarant éteinte ou prescrite (2262).

Cependant, il faut faire une distinction essentielle entre la prescription proprement dite d'une dette par le laps de trente ans, et les courtes prescriptions dont parlent l'art. 2271 et les suivants.

La première éteint absolument l'action, parce qu'elle est fondée sur ce que le créancier, qui a négligé d'agir ou de réclamer, en un mot, d'user de son droit pendant le temps fixé par la loi, est présumé y avoir renoncé ; et sur cetté présomption comme sur une vérité certaine, *super præsumpto, tanquam sibi comperto statuens*, la loi déclare la dette éteinte ou prescrite, et n'accorde point d'action pour l'exiger, quelque certitude qu'il y ait d'ailleurs qu'elle n'ait point été acquittée ; en sorte que le créancier ne serait pas admis à déférer le serment au débiteur, qui pourrait lui répondre : Que j'aie payé ou non, j'use du bienfait de la loi qui a éteint ma dette. Les courtes prescriptions, au contraire, ne sont fondées que sur une présomption de paiement. La loi présume seulement qu'il y a eu un paiement effectif ; s'il est prouvé qu'il n'y en a point eu, la présomption cesse.

La loi ne dénie donc point l'action ; elle l'autorise au contraire formellement, en permettant au créancier, art. 2275, de rendre le débiteur juge dans sa propre cause, et de lui déferer le serment : d'où l'on peut induire qu'il peut aussi le faire interroger sur faits et articles, et produire d'autres preuves de non-paiement, s'il en existe.

Ce que nous venons de dire doit s'appliquer à toutes les présomptions légales de libération, lesquelles, comme toutes les présomptions établies par la loi, dispensent à la vérité de toute preuve celui au profit duquel elles existent, suivant l'article 1352, mais n'excluent la preuve contraire que dans les cas spéciaux dont parle la disposition finale du même article.

60. Ainsi, le principe établi par l'art. 1352 du Code, que *nulle preuve* n'est admise contre la présomption de la loi,

lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annulle certains actes ou dénie l'action en justice, ne s'applique qu'à *la preuve directe*, et ne peut jamais s'appliquer à la preuve indirecte, qu'on ne pourrait sans injustice refuser d'admettre.

L'article cité fait même, à l'égard de la preuve directe, une exception ou une limitation pour les cas où la loi aurait réservé la preuve contraire. " Nulle preuve, dit cet article, " n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque... à " moins qu'elle n'ait réservé *la preuve contraire*."

Il n'était nullement nécessaire d'exprimer cette limitation, dont on n'aperçoit pas clairement l'objet ; car il est assez évident que, quelle que soit la disposition d'une loi, la preuve contraire ne peut être refusée dans les cas où la loi elle-même l'a réservée par une autre disposition spéciale. Les dispositions spéciales dérogent nécessairement aux dispositions générales.

Peut-être a-t-on voulu par là marquer la différence essentielle qui existe entre les présomptions sur le fondement desquelles il y a nullité des actes prononcés, ou dénégation de l'action en justice, et les autres présomptions établies par la loi, contre lesquelles la preuve contraire est toujours admise, quoiqu'elle ne soit pas réservée par la loi, parce qu'il *est dans la nature des présomptions de céder à la preuve contraire*. La réserve de cette preuve est donc de droit.

Au contraire, elle ne l'est pas contre les présomptions légales, sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité des actes ou dénie l'action en justice. Dans ces cas, il faut réserve spéciale de la preuve contraire.

L'embarras est d'en trouver des exemples.

L'art. 1283 du Code semblerait d'abord nous en présenter un ; il porte :

" La remise volontaire de la grosse du titre, fait présumer " la remise de la dette ou le paiement, *sans préjudice* de la " preuve contraire."

Mais cette présomption de remise de la dette ou de paiement n'est point du nombre de celles dont parle la disposition finale

de notre art. 1352, et sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité des actes ou la dénégation de l'action en justice ; en sorte qu'il n'était pas besoin de réserver ici la preuve contraire, qui est de droit, suivant la nature des autres présomptions légales.

Cherchons donc ailleurs l'exemple d'une application de la réserve dont parle l'art. 1352. Le trouverons-nous dans l'une des plus fortes présomptions établies par la loi, la présomption de vérité attachée aux actes écrits, et surtout aux actes authentiques, qui font pleine foi, suivant l'art. 1319, lequel réserve néanmoins la preuve directe par voie de plainte ou d'inscription de faux ?

On trouve ailleurs d'autres dispositions qui permettent la preuve directe contre cette présomption, par tous les genres de preuve reçus en justice, par d'autres écrits authentiques ou privés, par la preuve testimoniale ou même par de simples présomptions, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire une présomption fondée sur un écrit, par l'aveu de la partie, par le serment, etc.

Il est vrai que dans ces cas la loi permet la preuve directe contre l'une des plus fortes de toutes les présomptions légales ; mais cette présomption n'est point encore du nombre de celles sur le fondement desquelles la nullité des actes ou la dénégation de l'action est prononcée.

Elle n'est au contraire établie que pour prêter la force de la loi à la preuve qui résulte des actes où sont contenues la plupart des transactions de la vie sociale. Ce n'est donc point encore ici un exemple de la réserve dont parle la dernière disposition de l'art. 1352.

Nous sommes même forcé d'avouer que nous n'en avons encore découvert aucun exemple dans notre législation nouvelle, et nous sommes porté à croire que cette limitation, *à moins qu'elle* (la loi) *n'ait réservé la preuve contraire*, a été insérée dans l'art. 1352, sans aucune vue à telle ou telle présomption en particulier, mais comme un principe vrai et

incontestable en lui-même, dont l'application pourrait un jour se rencontrer.

---

2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 843. } 843. Lorsque deux personnes d'une même province, dont la coutume admet la communauté de biens entre homme et femme, y ont contracté mariage, il y a une présomption de droit qu'elles sont convenues d'une communauté de biens, telle que la coutume l'admet : la femme qui en conseqnence demande part aux héritiers de son mari dans les biens qu'il a acquis, n'a besoin de faire aucune preuve de cette convention.

Cette présomption est établie par les dispositions des coutumes qui portent que *homme et femme sont uns et communs, etc.;* car c'est comme si elles disaient " qu'ils sont présumés être convenus qu'ils seraient uns et communs. etc."

Elle est fondée sur ce qu'il est ordinaire en cette province que les personnes qui s'y marient conviennent d'une communauté ; d'où la loi a tiré la conséquence, que les parties qui s'étaient mariées sans s'être expliquées, devaient être presumées, être tacitement convenues d'une communauté : *Præsumptio enim ab eo quod plerumque fit.*

Cette présomption n'étant pas *juris et de jure*, elle dispense bien de faire la preuve de la convention de communauté, mais elle n'exclut pas la preuve du contraire, qui peut se faire par un contrat de mariage qui porte une clause d'exclusion de communauté.

Voy. *C. N.* 1352, cité sur art. 1239.

1241. L'autorité de la chose jugée (*res judicata*) est une présomption *juris et de jure ;* elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a	1241. The authority of a final judgment (*res judicata*) is a presumption *juris et de jure ;* it applies only to that which has

fait l'objet du jugement, et lorsque la demande est fondée sur la même cause, est entre les mêmes parties agissant dans les mêmes qualités, et pour la même chose que dans l'instance jugée.

been the object of the judgment, and when the demand is founded on the same cause, is between the same parties acting in the same qualities, and is for the same thing as in the action adjudged upon.

---

* *ff. Liv.* 44, *Tit.* 2, *De exceptione rei judicatæ*, *LL.* 3, 4, 5. } *L.* 3. Julianus libro tertio digestorum respondit, exceptionem rei judicatæ obstare, quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur. Et ideo et si singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contrà, exceptione summovebitur. (ULPIANUS).

L. 4. Rei judicatæ exceptio tacitè continere videtur omnes personas quæ rem in judicium deducere solent. (ULPIANUS).

L. 5. De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re. Utputà si quis mandati acturus, cùm ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum, vel condicat, de eadem re agit. Rectèque ita definietur, eum demùm de re non agere, qui prorsùs rem ipsam non persequitur. Cæterùm cùm quis actionem mutat, et experitur, dummodo de eadem re experiatur : etsi diverso genere actionis, quàm instituit, videtur de ea re agere. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 3. Julien décide au livre trois du digeste, que l'exception fondée sur l'autorité d'un jugement intervenu, peut être valablement opposée, quand ce sont les mêmes personnes qui forment de nouveau la même demande. Ainsi, si ayant échoué dans la demande particulière des effets d'une succession, on demande la succession entière, ou réciproquement, on sera débouté par une

fin de non-recevoir tirée du jugement qui est intervenu. (ULPIEN).

L. 4. L'exception tirée de l'autorité du jugement intervenu comprend tacitement toutes les personnes qui peuvent être parties dans une cause. (ULPIEN).

L. 5. On est censé renouveler la même question qui a été décidée par un jugement, quoiqu'on se serve d'une action différente de celle qu'on avait employée d'abord, pourvu que la demande qu'on forme ait le même objet. Par exemple, si quelqu'un ayant échoué en intentant l'action du mandat après que son adversaire lui a promis de se présenter en jugement, se sert de l'action *negotiorum gestorum*, ou de la condiction, pour obtenir la même chose, il est censé renouveler la même demande. Ainsi on doit décider que pour n'être pas censé former la même demande, il faut que l'objet de la première demande soit changé ; si on ne fait que changer d'action, on est toujours censé renouveler la même question. (ULPIEN).

---

3 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 609. } Le jugement contre lequel aucune voie de recours n'est ouverte, ou qui est rendu en dernier ressort, constitue la *chose jugée*. La chose jugée fait la loi des parties. Mais elle n'a lieu que *si objectum litis est idem*, *eadem causa petendi*, *eadem partes*, *eadem qualitas partium* (1), art. 1351.

(1) [Il faut, aux termes de l'art. 1331, pour qu'il y ait lieu à l'autorité de la chose jugée, que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. A ces conditions, il n'est plus permis de mettre en question ce qui a fait l'objet du jugement : *Res judicata pro veritate habetur ;* quel que puisse être, d'ailleurs, le mal jugé evident de la décision. *Res judicata facit de albo' nigrum*, disaient les anciens docteurs.— V. sur l'autorité de la chose jugée Toullier, 10, n. 65 et s. ; Duranton, 13, n. 446 et s. ; Bonnier, n. 679 et s., et Marcadé, sur les art. 1250 et s.—V. aussi Devilleneuve et Gilbert, *Table gén.*, vo *Chose jugée*, et Dalloz, *nouv. édit.*, *eod. verb*] Note de MM MASSÉ et VERGÉ.

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 888 *et s.* } 888. *L'autorité de la chose jugée* n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement.

C'est pourquoi, pour que la partie qui a été renvoyée ou mise hors de Cour sur la demande qu'elle avait donnée contre moi, doive être exclue d'une nouvelle demande qu'elle a depuis donnée contre moi, par l'exception *rei judicatæ*, qui naît de l'autorité de la *chose jugée* qu'a le jugement qui m'a donné congé de sa demande, il faut que sa nouvelle demande ait le même objet qu'avec la première, dont le jugement m'a donné congé.

Il faut pour cela que trois choses concourent:

1° Il faut qu'elle demande la même chose qui avait été demandée par la première demande dont on m'a donné congé;

2° Il faut que, par la nouvelle demande, elle demande cette chose pour la même cause pour laquelle elle l'avait demandée par la première;

3° Il faut qu'elle la demande dans la même qualité, et qu'elle la demande contre moi dans la même qualité dans laquelle nous précédions sur la première.

Quum quæritur hæc exceptio (*res judicatæ*) *noceat necne; inspiciundum est an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus; et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrant, alia res est;* L. 12; L. 13; L. 14, ff. *de Except. rei jud.*

Au reste, lorsque ces trois choses concourent, pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ* il n'importe que ce soit *eodem an diverso genere judicii*, que la question terminée par le jugement soit renouvelée.

§ I. *De ce qai est requis en premier lieu*, ut sit eadem res.

889. Ce principe "que, pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, il faut que la chose demandée soit la même chose qui avait été demandée par la première demande dont on a donné congé," ne doit pas être entendu trop littéralement: IDEM CORPUS *in hâc exceptione non utique omni pristinâ*

qualitate servatâ, nullâ adjectione diminutioneve factâ, sed pinguiùs pro communi utilitate accipitur ; L. 14, v° *Idem corpus*, ff. *de Except. rei jud.*

Par exemple, quoique le troupeau que je vous demande aujourd'hui, ne soit pas composé des mêmes bêtes dont il était composé lors de la première demande que j'en ai faite, et dont le jugement a donné congé, je n'en suis pas moins censé demander la même chose, et en conséquence non recevable en ma demande : *Si petiero gregem* (*et victus fuero*) *et vel aucto vel minuto numero gregis, iterùm eumdem gregem petam, obstabit nihi exceptio ;* L. 21, § 1, ff. *eod tit.*

890. Je suis pareillement censé demander la même chose, lorsque je demande quelque chose qui en faisait partie, *Sed et si speciale corpus ex grege petam, si ad fuit in eo grege, peto obstaturam exceptionem ; ead.* L. 21, § 1.

C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Si quis quum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatæ nocet ; nam pars in toto est ; oadem enim res accipitur, et si pars petatur ejus quod totum petitum est ; nec interest utrùm in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure ;* L. 7, ff. *de Except. rei jud.*

891. Je suis encore censé demander la même chose que j'avais demandée par ma première demande, dont le jugement a donné congé lorsque je demande une chose qui est provenue, et qui ne m'appartiendrait ou ne me serait due qu'autant que celle dont elle provient, et que j'ai demandée par ma première demande, m'aurait appartenu, ou m'aurait été due.

Par exemple, si, dans nos colonies, j'ai donné demande contre vous pour que vous fussiez tenu de me donner la négresse Catherine, que je prétendais avoir achetée de vous, et en avoir payé le prix, et que n'ayant pu justifier ce prétendu achat, il ait été donné congé de ma demande par un jugement en dernier ressort, je ne serai pas recevable à vous demander sur le même fondement, l'enfant dont elle est accouchée ; car cet enfant ne pouvant m'être dû qu'autant que la mère m'aurait été due, ce sera renouveler la question

qui a été terminée par le jugement: *Si ancillam prægnantem petiero* (suppléez *et victus fuero*), *et post litem contestatam conceperit, et pepererit, mox partum ejus petam, utrum idem petere videor? Et quidem ita definiri potest, toties eamdem rem agi quoties apud judicem posteriorum id quæritur quod apud priorem quæsitum est: in his igitur fere omnibus exceptio* (*rei judicatæ*) *nocet; eâd.* L. 7, § 1.

892. Par la même raison, si j'ai succombé dans la demande d'une somme principale, je ne dois pas être recevable à demander les intérêts de cette somme; car ces intérêts ne peuvent m'être dus, si la somme principale ne m'est pas due.

Il n'en est pas de même dans le cas inverse: quoique j'aie succombé dans la demande des intérêts d'une somme, je ne laisse pas d'être reçu dans la demande de cette somme; car, de ce que les intérêts n'en sont pas dus, il ne s'ensuit pas que la somme principale ne puisse m'être due: *Si in judicio actum sit usuræque solæ petitæ sint, non est verendum ne noceat exceptio rei judicatæ;* L. 23, ff. *eod. tit.*

893. Si j'ai succombé dans la demande que j'ai donnée contre vous à l'égard d'un droit de passage pour les gens de pied, que je prétendais sur votre héritage, et que je donne demande contre vous pour un droit de passage pour les bêtes de somme que je prétends sur le dit héritage, dois-je être censé demander la même chose que ce que j'avais demandé par ma première demande dont on a donné congé, et pouvez vous en conséquence m'opposer l'exception *rei judicatæ?*

La raison de douter pour l'affirmative, est que le droit que je demande aujourd'hui paraît renfermer celui que j'ai demandé par ma première demande dont on a donné congé; puisque quiconque à le droit de faire passer des bêtes de somme, a aussi le droit de faire passer des gens de pied; et qu'ayant été jugé que je n'ai pas le droit de faire passer des gens de pied, il s'ensuit qu'à plus forte raison je n'ai pas celui de faire passer des bêtes de somme.

La raison de decider au contraire qu'il n'y a pas lieu à l'exception *rei judicatæ*, est que ces droits étant des espèces diffé-

rentes de droits de servitudes, la demande qui a pour objet l'un de ces droits, a un objet différent de celui de la demande qui a pour objet l'autre espèce de droit de servitude : on ne peut donc pas dire que je demande la même chose que j'avais déjà demandée, ni par conséquent m'opposer l'exception *rei judicatæ.*

Quant à ce qu'on oppose, " qu'ayant été jugé que je n'avais pas le droit de faire passer des gens de pied, il a été jugé qu'à plus forte raison je n'avais pas celui d'y faire passer des bêtes de somme ; " je réponds qu'il a été jugé que je n'avais pas le droit de faire passer des gens de pied, ni à plus forte raison des bêtes de somme, en vertu du droit de simple passage pour les gens de pied, qu'on a jugé ne me pas appartenir ; mais de ce que je n'ai pas le droit de simple passage pour les gens de pied, il ne s'ensuit pas que je ne puisse avoir une autre espèce de servitude pour le passage des bêtes de somme, dont il ne s'agissait point lors de ma première demande, et que je demande aujourd'hui.

C'est ce que décide Ulpien : *Si quis iter petierit, deindè actum petat* (1), *puto fortiùs defendendum aliud videri tunc petitum, aliud nunc, et ideo exceptionem rei judicatæ cessare ;* L. 11, § 6, ff. *eod. tit.*

Il faut décider autrement, lorsque le droit de servitude que je demande est la même espèce de servitude que j'avais prétendue par ma première demande, dont on a donné congé, quoique je la prétende plus considérable que je ne la prétendais alors.

Africain apporte cet exemple : *Egi tecum jus mihi esse ædes meas usque ad decem pedes altiùs tollere ; post ago jus mihi esse usque ad viginti pedes altiùs tollere ; exceptio rei judicatæ procul dubio obstabit : sed et si rursùs ita agam jus mihi esse ad alios*

(1) *Iter* et *actus* étaient chez les Romains deux servitudes distinctes ; *actus* renferme ordinairement *iter*, mais comme conséquence, c'est-à-dire autant que *iter* est nécessaire à l'exercice de *actus ;* mais *actus* se conçoit distinctement sans *iter :* " *Qui iter sine actu, vel* ACTUM SINE ITINERE *habet,* " *actione de servitute utetur.* L. 4, § 1, ff. *Si servit vindicatur.*"

decem pedes tollere, obstabit exceptio ; quum aliter superior pars jure haberi non possit, quàm si inferior quoque jure habeatur ; L. 26, ff. *eod. tit.*

§ II. *De ce qui est requis en second lieu,* ut sit eadem causa petendi.

894. Pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, il ne suffit pas que la chose que vous me demandez soit la même que vous m'aviez demandée par votre première demande, dont on m'a donné congé ; il faut que vous la demandiez pour la même cause pour laquelle vous l'aviez demandée ; *oportet ut sit eadem causa petendi* (1).

Il y a à cet égard une différence à observer entre les *actions personnelles* et les *actions réelles.*

Quoique j'aie succombé dans une action personnelle par laquelle je vous demandais une chose que je prétendais m'être due par vous, en vertu d'une certaine cause d'obligation, cela ne m'exclut pas de vous demander la même chose que je prétends m'être par vous due, en vertu d'une autre cause d'obligation.

Finge. J'ai fait un marché avec vous, par lequel nous sommes convenus que, pour un certain voyage que je devais faire pour vous, et que j'ai fait depuis, vous me donneriez la somme de 200 liv., ou votre cheval, à mon choix. Depuis vous m'avez vendu votre cheval pour un certain prix : j'ai donné contre vous l'action *exempto*, pour que vous fussiez condamné à me le livrer ; et n'ayant pu justifier la vente que

(1) On entend ici par *cause,* l'origine ou le principe générateur du droit réclamé ; ce qui doit être prouvé pour obtenir gain de cause : en effet, en statuant sur les droits qui résultent de telle cause spéciale et déterminée, le juge a laissé intacts les droits qui peuvent résulter d'une autre cause dont l'examen n'a pas été soumis à sa décision.

J'ai vendu un immeuble ; j'intente une action en nullité pour cause de dol, d'erreur ou de vielence, je succombe ; je pourrai néanmoins intenter l'action en rescision du contrat pour cause de lésion, parce que c'est une cause entièrement différente et sur laquelle le juge n'a point statué.

vous m'en avez faite, il a été donné congé de ma demande par un jugement rendu en dernier ressort: cela ne m'exclut pas de vous demander le même cheval par l'action *præscriptis verbis*, qui naît du marché que nous avons fait ensemble pour l'ouvrage que j'ai fait pour vous.

Au contraire, dans les actions réelles, si j'ai revendiqué (1) une certaine chose que vous possédiez, et que je prétendais m'appartenir, le jugement qui a donné congé de ma demande, m'exclut de pouvoir former contre vous une nouvelle demande, par laquelle je vous contesterais de nouveau la propriété de cette chose, quand même je prétendrais justifier qu'elle m'appartient, par d'autres moyens que ceux que j'ai proposés lors de ma première demande dans laquelle j'ai succombé.

La raison de différence est que la même chose peut m'être due en vertu de plusieurs différentes causes d'obligations; et j'ai autant de créances différentes de cette chose, et autant d'actions différentes contre mon débiteur, qu'il y a de différentes causes d'obligations d'où elles naissent, lesquelles différentes actions renferment autant de questions différentes.

Le jugement qui a donné congé de ma demande sur l'une de ces actions, n'a rien statué sur les autres actions que je puis avoir, et sur les questions qu'elles renferment; et il ne peut pas par conséquent m'exclure de les intenter.

Le jugement qui a jugé sur l'action *ex empto* que j'ai donnée contre vous, "que vous ne me deviez pas en vertu d'un contrat de vente la chose que je vous demandais," n'établit pas que vous ne me la devez pas en vertu d'un autre contrat, et ne m'éxclut pas par conséquent de vous la demander par une autre action qui naît de cet autre contrat. (2)

(1) D'une maison générale: *Non expressâ causâ meum esse dico.* (BUSNET)

(2) " L'*action personnelle* est, par sa nature, speciale dans sa cause, " parce qu'en l'exerçant on ne demande jamais que l'exécution de tel ou " tel engagement; et comme il est possible qu'une chose nous soit due à " plusieurs titres, par la même personne, l'une des actions ne doit pas " être absorbée par l'exercice de l'autre: par l'*action réelle*, au contraire,

Il n'en est pas de même du droit de propriété. Si l'on peut avoir différentes créances d'une même chose, on ne peut au contraire avoir qu'un seul et même droit de propriété d'une même chose : c'est pourquoi, lorsque par un jugement qui vous a donné congé de ma demande en revendication d'une certaine chose, il a été jugé que la propriété de cette chose ne m'appartenait pas, je ne puis plus avoir d'autres actions contre vous pour réclamer cette propriété ; ce serait renouveler la même question qui a été terminée par le jugement : car cette question était uniquement de savoir si la chose m'appartenait ou non.

Il n'importe que j'aie omis de proposer quelque moyen par lequel je pouvais établir mon droit de propriété ; il suffit qu'il ait pu être proposé.

C'est ce que nous enseigne Paul : *Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt, quod cùm eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur : at quum in rem ago, non expressâ causâ ex quâ rem meam esse dico, omnes causæ unâ petitione apprehenduntur ; neqne enim ampliùs quàm semel res mea esse potest, sæpiùs autem deberi potest ;* L. 14, § 2, ff. *de Exc. Rei jud.*

De là cette règle de droit : *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse ;* L. 159, ff. *Reg. jur.*

895. Ce que nous venons de dire à l'égard de l'action réelle,

" on peut demander d'une manière générale, à être déclaré propriétaire de " l'héritage contesté, sans provoquer restrictivement et par des conclu- " sions précises, la décision du juge sur la validité ou le mérite de tel ou " tel titre en particulier. Alors celui qui succombe ne peut plus revenir " sous prétexte de nouvelle cause, parce que, en agissant sans en déter- " miner aucune, il est censé les avoir toutes comprises dans sa demande, " et que d'ailleurs la même chose ne peut pas nous appartenir double- " ment, comme elle peut nous être due à plusieurs titres, quand elle n'est " que l'objet d'une action personnelle."

Proudhon, *Traité de l'Usufruit,* tom., 3, n° 1274. (BUGNET).

n'a lieu que lorsqu'elle a été donnée d'une manière générale et sans restriction ; mais quant à la demande que j'ai donnée, si je l'avais restreinte à un certain moyen, par lequel je me prétendais propriétaire d'une chose, le jugement qui a jugé que je n'étais pas fondé dans ce moyen, ne m'exclurait pas de pouvoir revendiquer la même chose par les autres moyens sur lesquels je prétends pouvoir établir qu'elle m'appartient. (1)

Par exemple, si, étant celui que la loi appelle *ab intestat* à la succession de mon parent, j'ai accusé de faux son testament, ou si je l'ai querellé d'inofficiosité, et revendiqué en conséquence l'hérédité contre l'héritier testamentaire qui en était en possession ; quoique j'aie succombé dans l'accusation de faux, ou dans la querelle d'inofficiosité, cela ne m'exclura pas de pouvoir former de nouveau la demande en pétition d'hérédité par d'autres moyens : *Etsi quæstionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset, judicatæ rei præscriptio non obstaret, eamdem hæreditatem ex aliâ causâ vindicanti;* L. 3, Cod. *de Petit. hæred.;—adde* L. 47, ff. *de Pet. hæred.*

896. Quelque générale qu'ait été ma première demande en revendication d'une chose, le jugement qui en a donné congé ne m'exclut pas de former de nouveau une demande en revendication, lorsque je prétends en être devenu propriétaire par un titre survenu depuis le jugement ; car ce jugement, en jugeant que je n'étais pas alors propriétaire de cette chose, n'établit pas que je n'aie pu en acquérir depuis la propriété.

(1) On voit que Pothier, et les auteurs plus récents, n'ont fait que paraphraser le texte de Paul en la loi 14, § 2, ff. *de Except. rei judicatæ.* Mais il sera rare, très rare, de voir un demandeur revendiquer une chose d'une manière générale et sans restriction, sans prendre des conclusions précises motivées sur telle cause. Le demandeur, pour détruire la présomption de propriété qui résulte de la possession de son adversaire, est obligé de prouver que la chose revendiquée lui appartient; il faut donc qu'il allègue et qu'il prouve une cause d'acquisition.

Cette distinction du jurisconsulte romain nous paraît plus substile que solide: dans tous les cas, elle est très peu utile en pratique. (BUGNET).

La question qui doit faire l'objet de la nouvelle demande, qui est de savoir si le titre survenu depuis le jugement m'a fait acquérir la propriété de cette chose, est une question différente de celle qui a fait l'objet de la première : car c'est un principe, " qu'il n'y a lieu à l'exception *rei judicatæ*, que lorsqu'on renouvelle la même question qui a été terminée par le jugement rendu sur la première."

§ III. *De la troisième chose requise*, ut sit eadem conditio personarum.

897. La troisième chose requise pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, est qu'il faut que celui qui me demande la même chose qu'il m'avait déjà demandée par une première demande, dont le jugement m'a donné congé, me forme cette nouvelle demande dans la même qualité dans laquelle il a donné la première ; et il faut pareillement qu'il donne cette demande contre moi dans la même qualité dans laquelle je procédais sur l'autre demande.

Par exemple, si, en ma seule qualité de tuteur d'un mineur, je vous ai demandé une certaine chose, le jugement qui vous en a donné congé, ne m'exclura pas de vous demander en mon nom la même chose, *et vice versâ ;* car, lorsque j'ai été partie sur la première demande en qualité de tuteur, je n'étais pas proprement partie, c'était mon mineur qui l'était par mon ministère.

La nouvelle demande que je donne en mon nom n'est donc pas *entre les mêmes parties*, et elle ne peut par conséquent être exclue par l'autorité de la chose jugée sur la première demande : car cette autorité ne peut avoir lieu qu'entre les mêmes parties entre lesquelles le jugement a été rendu, comme nous le verrons en l'article suivant.

§ IV. *Qu'il n'importe que ce soit* eodem an diverso genere judicii.

898. Pourvu que les trois choses que nous avons expliquées dans les paragraphes précédents concourent, il n'importe, pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, que la

question terminée par un jugement qui a l'autorité de *chose jugée*, soit renouvelée *eodem an diverso genere judicii.*

C'est ce que nous apprend le Jurisconsulte : *Generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur vel alio genere judicii ;* L. 7, § 4, ff. *de Except. rei judic.*

On peut apporter plusieurs exemples de ce principe.

Finge. Vous aviez intenté contre moi l'action *quanto minoris*, pour que je fusse condamné de vous faire une diminition sur le prix d'un certain cheval que je vous ai vendu, que vous disiez avoir un certain vice dont vous me prétendiez garant : on a jugé ou que le cheval n'avait pas ce vice, ou que c'était un vice dont le vendeur n'était pas garant ; et l'on m'a donné congé de votre demande.

Si depuis vous donnez contre moi l'action rédhibitoire pour raison du même cheval et du même vice, afin de me faire condamner à le reprendre, je pourrai vous opposer l'exception *rei judicatæ*, qui naît du jugement qui m'a donné congé de votre demande, quoique cette nouvelle demande que vous formez contre moi, soit une autre espèce d'action, et que vous preniez des conclusions différentes.

Les trois choses requises pour cette exception concourent : c'est le même cheval qui était l'objet de votre première demande sur laquelle le jugement a été rendu, qui fait l'objet de celle-ci ; c'est *eadem res ;* c'est aussi *eadem causa petendi :* car la question sur cette nouvelle demande est, comme sur la première, de savoir si je suis garant du vice dont vous vous plaignez ; et cette question se renouvelle *inter easdem personas*, ce qui suffit pour qu'il y ait lieu à l'exception.

La différence de l'action et des conclusions n'empêche pas que cette nouvelle demande n'ait le même objet que la première, et ne soit *eadem res : Cùm quis actionem mutat et experitur. dummodo de eâdem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur de eâdem re agere ;* L. 5, ff. *eod. tit.*

899. L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les

mêmes parties entre lesquelles le jugement a été rendu : elle ne donne aucun droit, ni à des tiers, ni contre des tiers étrangers (1) : *Res inter alios judicatæ neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare ;* L. 2, Cod. *Quib. res jud. non noc.—Sæpè constitutum est res inter alios judicatas aliis non præjudicare ;* L. 63, *de Re jud.*

Pour faire l'application de ce principe, il faut examiner présentement à l'égard de quelles personnes la chose jugée est censée jugée entre les mêmes parties, de manière qu'elle puisse faire loi entre elles ; et à l'égard de quelles personnes au contraire la chose jugée est censée *res inter alios judicata*, dont il ne puisse naître aucun droit, ni en leur faveur, ni contre elles.

900. La chose est censée jugée entre les mêmes parties, non-seulement à l'égard des personnes qui ont été parties par elles-mêmes, mais à l'égard de celles qui ont été parties par leurs tuteurs, curateurs, ou autres légitimes administrateurs, qui avaient qualité pour intenter leurs actions, et pour y défendre.

Par exemple, si le tuteur d'un mineur, en sa qualité de tuteur, a donné une demande contre moi, dont le juge m'a donné congé ; et que ce mineur, devenu majeur, intente contre moi la même demande, je puis le faire déclarer non-recevable par l'exception *rei judicatæ ;* car le jugement rendu contre le tuteur est réputé rendu contre le mineur, qui était la véritable partie, par le ministère de son tuteur.

Par la même raison, si des fabriciers d'une certaine paroisse, en cette qualité de fabriciers, ont donné une demande contre moi, dont on m'a donné congé, et que leurs successeurs intentent de nouveau la même demande contre moi, je les ferai déclarer non-recevables par l'exception *rei judicat ;* car c'était la fabrique qui était partie dans le jugemént qui m'a donné congé de la demande de ces fabriciers, et elle ne peut

(1) C'est une application du principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. (BUGNET).

plus par conséquent renouveler par le ministère de ses nouveaux fabriciers, une demande terminée par un jugement où elle était partie par le ministère de leurs prédécesseurs.

901. Les successeurs des parties sont censés *les mêmes parties* que les personnes auxquelles ils ont succédé. C'est pourquoi la chose jugée est à leur égard réputée *entre les mêmes parties*, et a par conséquent en leur faveur ou contre eux la même autorité de chose jugée qu'elle aurait eue en faveur de la partie à qui ils ont succédé, ou contre elle.

Par exemple, le jugement qui m'a donné congé de votre demande, donne à mes héritiers aussi bien qu'à moi l'exception *rei judicatæ* contre vos héritiers aussi bien que contre vous, s'ils renouvelaient la même demande.

902. Cela ne peut être douteux à l'égard des héritiers et autres successeurs universels qui sont *hæredum loco*.

Dans les matières réelles, celui qui a succédé, quoique à titre singulier, à l'une des parties pour la chose qui a fait l'objet du procès, est aussi censé la même partie.

Par exemple, quand vous avez donné la demande en revendication d'un certain héritage contre Pierre, le jugement qui a donné à Pierre congé de votre demande, donnera à celui qui a acheté cet héritage de Pierre, l'exception *rei judicatæ* contre la demande en revendication de cet héritage, si vous la renouvelez contre cet acheteur, parce que, à cet égard, il est censé la même partie que Pierre à qui il a succédé ; L. 11, § 3, ff. *de Exc. jud.*

Par la même raison, si j'ai eu contestation avec le propriétaire d'un héritage voisin, pour lui faire détruire un ouvrage par lequel je prétendais qu'il renvoyait les eaux de son héritage sur le mien, et qu'après le jugement rendu sur cette contestation, il ait vendu son héritage, ou moi le mien ; le jugement rendu entre nous donnera à l'acheteur l'exception *rei judicatæ*, si on renouvelle contre lui la contestation pour raison de cet ouvrage : on donnera cette exception contre lui, si c'est lui qui la renouvelle ; *eâd.* L. § 2.

903. Les lois citées sont dans l'espèce d'un acheteur ; il ne

doit pas être douteux à l'égard d'un acheteur, que, lorsque la demande est renouvelée contre lui, il y a lieu à l'exception *rei judicatæ* qu'eût pu opposer son vendeur, puisque cette action réfléchit contre le vendeur, qui doit défendre l'acheteur, et prendre son fait et cause.

Quoique cette raison cesse à l'égard des successeurs à titre lucratif, auxquels il n'est pas dû de garantie, il faut néanmoins décider qu'ils doivent être réputés la même partie que celui à qui ils ont succédé à l'héritage qui a fait objet du jugement, et qu'ils peuvent, de même que lui, opposer à la partie contre qui ce jugement a été rendu, l'autorité de la chose jugée qui en résulte.

Par exemple, si j'ai fait juger contre vous, que mon héritage ne vous appartenait pas, ou qu'il n'était pas sujet à un certain droit de servitude auquel vous le prétendiez sujet, et que vous formiez contre celui à qui j'ai fait depuis donation de cet héritage, une nouvelle demande, soit pour le revendiquer, soit pour y prétendre le même droit de servitude, le donataire, comme étant à mes droits, pourra vous opposer l'exception *rei judicatæ.*

Pour quelle raison ? La voici. Lorsque nous faisons quelque convention par rapport à une chose qui nous appartient, nous sommes censés stipuler tant pour nous que pour tous ceux qui nous succéderont à cette chose, lesquels sont compris sous le terme d'*ayants cause;* et en conséquence le droit qui résulte de cette convention passe à tous nos dits successeurs ou ayants cause, comme nous l'avons vu *suprà*, au commencement de ce Traité, nos 67 et 68 : de même, lorsque nous plaidons par rapport à une certaine chose qui nous appartient, nous sommes censés plaider tant pour nous que pour tous nos ayants cause et successeurs à cette chose; et le droit qui résulte du jugement qui est rendu sur cette contestation, doit passer à tous nos successeurs et ayants cause : *Eadem enim debet esse ratio judiciorum in quibus videmur quasi contrahere, ac conventionum.*

904. De même que le successeur peut opposer le jugement

qui a été rendu au profit de son auteur, comme nous venons de le voir, de même, *vice versâ*, on peut opposer au successeur, le jugement rendu contre son auteur, pourvu néanmoins qu'il n'ait succédé à son auteur que depuis le procès sur lequel a été rendu le jugement contre son auteur.

Finge. Pierre a donné contre vous une demande en revendication d'un certain héritage, dont il vous a été donné congé : Pierre ensuite m'a constitué une hypothèque spéciale sur cet héritage. Si je donne contre vous une action hypothécaire pour me délaisser cet héritage, et que je demande à prouver que Pierre mon débiteur en était le propriétaire, et m'y a valablement constitué un droit d'hypothèque, vous pouvez m'opposer l'exception *rei judicatæ*, résultant du jugement que vous avez obtenu contre Pierre mon auteur, qui, en vous donnant congé de sa demande, a jugé qu'il ne lui appartenait pas, et qu'il n'a pu par conséquent me l'hypothéquer.

Il en serait autrement, si Pierre m'avait constitué cette hypothèque dès avant le procès qu'il a eu contre vous : vous ne pourriez pas, en ce cas, m'opposer le jugement que vous avez obienu contre lui ; car ce jugement qui a jugé que Pierre n'était pas alors propriétaire de l'héritage, ne décide pas qu'il n'ait pu l'être auparavant, lorsqu'il m'y a constitué un droit d'hypothèque ; et en justifiant par moi qu'il en était propriétaire alors, cela suffit pour que mon action hypothécaire procède contre vous, quoiqu'il ait depuis cessé de l'être, et qu'il ne le fût plus lors du procès qu'il y a eu entre vous et lui (1) ; L. 11, § 10, ff. *de Except. rei jud.;* L. 3, ff. *de Pign. et hyp.*

905. Quoiqu'un jugement soit censé avoir été rendu avec le

(1) On voit que Pothier décide sans hésiter que l'autorité de la chose jugée contre le débiteur n'est point opposable au créancier auquel le débiteur avait constitué hypothèque avant le procès : il suit en cela l'opinion de Papinien, en la loi 3, ff. *de Pign et hyp : Si superatus sit debitor qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret : æquè servanda erit creditori actio Serviana probanti rem in bonis illius eo tempore, quo*

successeur, lorsqu'il l'a été avec son auteur, on ne peut pas dire de même, que celui qui est rendu avec le successeur, doive être censé rendu avec son auteur.

pignus contrahebatur, fuisse...... enim vero fiero potest, ut et pignus reclè sit acceptum, ne tamen ab eo lis benè instituta.

Mais la loi 5, Cod. *de Pign. et hyp.*, décide que le jugement rendu contre le débiteur, ne nuit pas au créancier hypothécaire, lorsque celui-ci prouve qu'il est le fruit d'une collusion, ou que le débiteur n'a succombé que parce que, sans entrer dans l'examen du fond, le juge n'a fait que le déclarer non recevable : *Præses provinciæ jus pignoris tui exequentem te audiet : nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, non causâ cognitâ, sed præscriptione superatum esse constiterit.* (Le mot *præscriptione* n'est pas ici synonyme de prescription, mode d'extinction du droit, mais de fin de non-recevoir, d'exception.)

Il semble qu'on devrait conclure de cette loi que, si le juge avait connu du fond de l'affaire, si le débiteur avait employé loyalement tous les moyens soit pour attaquer, soit pour se défendre, l'autorité de la chose jugée à laquelle il est soumis, aurait la même force contre le créancier hypothécaire.

La loi 63, ff. *de Re judicatâ* distingue si le créancier hypothécaire a connu ou non le procès, et elle décide que le créancier est lié par le jugement rendu contre le débiteur, toutes les fois que le premier a su que le second plaidait sur la propriété du bien hypothéqué, et qu'il s'en est rapporté tacitement à ce qui serait jugé avec lui.

"Rien de plus difficile que cette question (dit M. Proudhon, *Traité de* " *l'Usufruit*, tom. 3, nº 1300), si elle devait être encore aujourd'hui réso- " lue d'après le texte des lois romaines, puisqu'elles sont là-dessus d'une " telle divergence, que le premier jurisconsulte des temps modernes n'a " pu venir à bout de les concilier en les ramenant à un seul système. " *V.* Merlin, *Répertoire*, vº *Opposition tierce*, § 2, art. 3.)"

Ne vaudrait-il pas mieux résoudre cette question par les principes généraux ?

Celui qui revendique son fonds n'est tenu de s'adresser qu'à celui qui possède : ce possesseur est donc le seul contradicteur légitime, tant pour lui que pour tous ceux auxquels il aurait accordé des droits sur le fonds, ils sont ses ayants cause ; ils n'ont pas de droits, s'il est reconnu que celui avec qui ils ont contracté n'en avait pas lui-même.

Voy. sur cette importante et difficile question, M. Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, tom. 3, depuis le nº 1300 à 1310. (BUGNET)

C'est pourquoi le jugement rendu avec le successeur, ni l'exception *rei judicatæ* qui en résulte, ne peuvent être opposés contre son auteur, ni par son auteur : *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ à personâ auctoris ad emptorem transire solere ; retro autem ab emptore ad auctorem reverti non debere ;* L. 9, § 2, ff. *de Except. rei. jud.*

Il en rapporte cet exemple : *Si hæreditariam rem vendideris, ego eamdem ab emptore petiero et vicero; petenti tibi non opponam exceptionem.* AT SI EA RES JUDICATA NON SIT *inter me et eum cui vendidisti* ; *eod* § ; *item si victus fuero ; tu adsersùs me exceptionem non habebis* (1) ; L. 10.

906. Nous avons établi qu'un jugement était, vis-à-vis de quelqu'un, censé rendu *entre les mêmes parties*, soit qu'il eût été partie lui-même dans le procès sur lequel le jugement est intervenu, soit que son auteur y eût été partie.

Au contraire, vis-à-vis de ceux qui n'ont été parties ni eux-mêmes, ni par leurs auteurs, ce jugement est *res inter alios judicata*, qui ne peut leur être opposée par la partie en faveur de qui il a été rendu, et qu'ils ne peuvent opposer à la partie contre qui il a été rendu.

Cela a lieu, quoique la question qu'ils ont ensemble soit la même que celle qui a été jugée par ce jugement, quoiqu'elle se décide par les mêmes moyens, et même quoiqu'elle dépende d'un même fait.

(1) Si un acheteur, durant sa possession, avait succombé dans un procès relatif à des charges réelles prétendues sur le fonds, des servitudes, par exemple, et que la vente fût ensuite résolue, le vendeur rentré dans la propriété ne serait point soumis à l'autorité de la chose jugée, dans l'intervalle, contre l'acheteur : parce que le propriétaire primitif ne tient pas ses droits de celui qui lui avait succédé, mais dont les droits sont résolus et réputés n'avoir jamais existé : c'est là une différence importante entre les résolutions et les actes contraires aux précédents.

Dans les résolutions, celui au profit duquel elle s'opère n'est point l'ayant cause de l'autre partie ; tandis que dans les actes contraires, le premier propriétaire devient successeur, ayant cause du second, comme le second l'était devenu du premier en vertu du contrat primitif. (BUGNET).

C'est ce qui paraîtra par cet exemple que rapporte Paul : J'ai confié une certaine somme à une personne qui a laissé plusieurs héritiers. Ayant demandé à l'un des dits héritiers la restitution de cette somme pour la part dont il en était tenu, le juge, qui n'a pas fait assez d'attention aux preuves sur lesquelles j'établissais ce dépôt, lui a donné congé de ma demande.

Si je demande aux autres héritiers la restitution des parts dont ils sont tenus de cette somme, ils ne pourront pas m'opposer le jugement qui a donné à leur cohéritier congé de ma demande, parce que ce jugement, où ils n'ont pas été parties, est à leur égard *res inter alios judicata*, qui ne peut leur donner aucun droit, quoique la question soit la même que celle qui a été jugée contre moi par ce jugement au profit de leur cohéritier, et qu'elle dépende des mêmes faits, qui est de savoir si j'ai effectivement confié cette somme au défunt, et si elle ne m'a pas été rendue : *Si cum uno hærede depositi actum sit tamen et cum cæteris hæredibus reclè agetur, nec exceptio rei judicatæ eis proderit ; nam etsi eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit ;* L. 22, ff. *de Except. rei jud.*

Ce principe, " que l'autorité de *la chose jugée* n'a pas lieu à l'égard des personnes qui n'ont pas été parties, et qui ne sont pas les successeurs de quelqu'une des parties," tient à un autre principe, que nous avons établi en l'article précédent, " que l'autorité de *la chose jugée* n'a liéu qu'à l'égard de la chose même sur laquelle le jugement a statué."

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus rapportée, si le jugement qui a donné congé à l'un des héritiers du débiteur, de la demande d'un créancier du défunt, pour la part dont on le prétendait tenu de cette dette, n'a pas l'autorité de *chose jugée* en faveur des autres héritiers, pour les parts dont on les en pretend tenus ; ce n'est pas seulement parce que c'est *res inter alios judicata*, c'est aussi parce que ce qu'on leur demande n'est pas la même chose que ce qui a fait l'objet du jugement

rendu au profit de leur cohéritier; car les parts de la dette qu'on leur demande, sont bien les parts d'une même dette, mais ce n'est pas la même part de cette dette qui a été demandée à leur cohéritier.

Le jugement rendu au profit de leur cohéritier, n'a statué que sur cette part, et ne peut avoir par conséquent l'autorité de *chose jugée* à l'égard des autres parts qui leur sont demandées.

C'est ce que veut dire le Jurisconsulte en la loi ci-dessus citée: *Mutatio personarum cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.*

Pareillement, lorsqu'un créancier a laissé plusieurs héritiers, le débiteur qui a eu congé de la demande que l'un des héritiers a donnée pour sa part, ne peut pas opposer ce jugement contre les demandes que les autres héritiers font de leurs parts, ce jugement étant *res inter alios judicata*, et n'étant pas même *eadem res;* car ces parts que demandent les autres héritiers, quoique parts d'une même créance, ne sont pas la même part que celle qui a fait l'objet et la matière du jugement.

907. Il n'en est pas de même lorsque la chose due à plusieurs héritiers ou autres personnes copropriétaires, est quelque chose d'indivisible, tel qu'est un droit de servitude: cette chose n'étant pas susceptible de parts, chacun d'eux est créancier du total, ou copropriétaire du total.

C'est pourquoi le jugement rendu sur la demande que l'un d'eux a faite de cette chose, a eu pour objet la même chose que la demande qu'en feraient les autres ; c'est *eadem res.*

On peut aussi dire que ce jugement n'est pas *res inter alios judicata*, à l'égard des autres créanciers ou propriétaires de cette chose ; car l'indivisibilité de leur droit avec le sien, les fait regarder comme étant avec lui une même partie.

Ce jugement a donc à leur égard l'autorité de *chose jugée;* lorsqu'il a été rendu en faveur de leur copropriétaire ou créancier, ils peuvent, de même que lui, s'en servir contre la partie contre qui il a été rendu ; et s'il a été rendu contre leur

copropriétaire ou cocréancier, il peut être opposé contre eux, comme il l'a été contre lui.

Néanmoins si le jugement avait été rendu par collusion, la loi leur permettait de renouveler le procès : *Si de communi servitute quis benè quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpâ suâ, non est æquum hoc cæteris damno esse ; sed si per collusionem cessit litem adversario, cæteris dandam esse actionem de dolo* (c'est-à-dire comme l'explique fort bien la Glosse, *replicationem de dolo contrà exceptionem rei judicatæ*) ; L. 19, ff. *Si serv. vtnd.*

Suivant nos usages, le jugement rendu contre l'un de plusieurs créanciers ou copropriétaires d'un droit indivisible, peut, à la vérité, être opposé aux autres ; mais, sans qu'ils aient besoin d'alléguer la collusion, ils peuvent en interjeter appel, quoique celui contre qui il a été rendu y ait acquiescé ; et si c'est un jugement en dernier ressort, ils y peuvent former *opposition en tiers.*

Pareillement, entre plusieurs débiteurs d'une chose indivisible, l'indivisibilité de leur obligation les fait regarder comme n'étant tous qu'une même partie, et fait en conséquence réputer le jugement rendu avec l'un d'eux, comme rendu avec les autres : sauf que ceux qui n'ont pas été parties par eux-mêmes, peuvent se pourvoir contre par la voie de l'appel ou de l'*opposition en tiers*, comme il a été dit ci-dessus. (1)

908. La dépendance de l'obligation d'une caution de celle

(1) Cette décision, ainsi que la précédente, ne nous paraît pas conforme aux principes sur l'autorité de la chose jugée, car, si l'un des créanciers ou des copropriétaires d'un droit indivisible, figure dans l'instance pour lui ou pour tous les autres créanciers ou copropriétaires du même droit, pourquoi ceux-ci pourraient-ils former tierce opposition contre ce jugement ? pourquoi, s'il peut leur profiter, ne leur nuirait-il pas ?

La même observation se présente à l'égard de l'un des débiteurs d'une chose indivisible ; s'il est en cause tant pour lui que pour les autres, on ne voit pas pourquoi la tierce opposition serait ouverte aux codébiteurs de celui qui a soutenu le procès.

Voici ce que nous trouvons au n° 1297, tom. 3, *Traité de l'Usufruit :* " Ainsi, à supposer qu'un fonds auquel une servitude est due, appar-

du débiteur principal à laquelle elle a accédé, fait aussi regarder la caution comme étant la même partie que le débiteur principal, à l'égard de tout ce qui est jugé pour ou contre le débiteur principal.

C'est pourquoi si le débiteur principal a eu congé de la demande du créancier, pourvu que ce ne soit pas sur des moyens personnels à ce débiteur principal, la caution depuis poursuivie peut opposer au créancier l'exception *rei judicatæ :*

" tienne par indivis à deux propriétaires, et que ce soit contre l'un d'eux " seulement que le maître du fonds servant ait fait juger que la servitude " n'était pas due, l'exception de la chose jugée ne pèsera pas sur l'autre. " C'est même là un cas particulier où la rétractation du jugement, obte- " nue par celui qui n'avait pas figuré en premier lieu dans la cause, " devra profiter à son copropriétaire par rapport à l'indivisibilité de la " servitude."

Il nous semble que cette décision se contredit elle-même : Si la rétractation obtenue par *Secundus*, du premier jugement rendu contre *Primus*, doit profiter à *Primus* qui a succombé, ce ne peut être que parce que *Secundus* était dans l'instance, tant pour lui que pour *Primus*, et que dès lors la chose jugée par la seconde décision doit profiter à l'un et à l'autre; mais le même raisonnement appliqué au premier jugement, prouverait que *Primus* était dans l'instance tant pour lui-même que pour *Secundus*, et qu'en conséquence *Secundus* était passible de l'autorité de la première décision, et en d'autres termes qu'il n'était pas recevable à former tierce opposition.

Ces deux jugements sont aussi respectables l'un que l'autre; à tous deux s'attache la présomption de vérité, *res judicata pro veritate habetur.* Il faut donc les maintenir l'un et l'autre.

Mais, dira-t-on, comment les exécuter simultanément ? Ils sont contradictoires, et il s'agit d'une chose indivisible !

Je réponds que la difficulté n'est pas plus grande qu'au cas prévu par l'art. 1224 : " Si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de " la chose, son cohéritior ne peut demander la chose indivisible qu'en " TENANT COMPTE de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a " reçu le prix."

Celui des deux propriétaires ou créanciers qui a succombé est dans une position analogue à celle de celui qui aurait fait la remise de son droit ou de son intérêt. *Quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur æstimatio.* L. 7, ff. *Ad leg. Falcidiam.* (BUGNET)

[ARTICLE 1241.]

Si pro servo me fidejussoris, et mecum de pecutio actum sit (suppléez *et judicatum sit nihil à servo meo deberi*) *si posteà tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re judicatâ;* L. 21, § 4, *de Except. rei jud.*

Le créancier ne peut, en ce cas, répliquer que c'est *res inter alios judicata;* car, étant de l'essence du cautionnement que l'obligation de la caution dépende de celle du débiteur principal, qu'elle ne puisse devoir que ce qu'il doit, qu'elle puisse opposer toutes les exceptions *in rem* qui peuvent être par lui opposées, il s'ensuit que tout ce qui est jugé en faveur du débiteur principal, est censé l'être en faveur de la caution, qui doit à cet égard être censée la même partie que lui.

Vice versâ, lorsque le jugement a été rendu contre le débiteur principal, le créancier peut l'opposer à la caution, et demander qu'il soit exécutoire contre lui : mais la caution est reçue à appeler de ce jugement; ou s'il est rendu en dernier ressort, à y former *opposition en tiers :* (1) *Admittuntur ad provocandum fidejussores pro eo pro quo intervenerunt;* L. 5, § 1, *item fidejussores*, ff. *de Appel.*

909. Suivant les principes du droit romain, le droit des légataires dépendant de celui de l'héritier institué, le jugement contre l'héritier institué, qui a déclaré le testament nul, n'est pas regardé, vis-à-vis de ces légataires, comme *res inter alios judicata*, et peut leur être opposé; le droit de ces légataires étant dépendant de celui de l'héritier, les fait regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même partie avec l'héritier; mais ils sont reçus à en appeler; (L. 5, §§ 1 et 2, ff. *de Appell.*)*;* ou, lorsque le jugement est en dernier ressort, à y former *opposition en tiers.* (2)

(1) Au cas seulement où il y aurait collusion entre le débiteur et le créancier. V. *Traité de l'Usufruit*, n° 1324, tom. 3. (BUGNET).

(2) La tierce opposition, dans le droit romain, ne pouvait leur être accordée qu'autant qu'ils établissaient la collusion entre l'héritier institué et l'héritier légitime: *Cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentam ratum esse constaret*, dit Papinien en la loi 3, ff. *de Pignoribus et hyp.* (BUGNET)

Il en est autrement d'un jugement qui, sur la demande d'un légataire, aurait, en déclarant le testament nul, donné congé de sa demande : ce jugement est, à l'égard des autres légataires, *res inter alios judicata*, qui ne peut leur être opposée, et dont ils n'ont pas besoin d'appeler ; L. 1, ff. *de Except. rei jud.*

La raison de différence est que le droit des légataires ne dépend pas du droit de celui de leur colégataire contre qui le jugement a été rendu ; au lieu qu'il dépend du droit de l'héritier institué : *Quum ab institutione hæredis pendeant omnia quæ testamento continentur.*

---

* 10 *Toullier* (*contrats*), *n*° 90. } S'il n'existait point de traités passés avec la nation où le jugement a été rendu, il faudrait alors que ce jugement fût déclaré exécutoire, non par le président seul, mais par le tribunal devant lequel les parties viendraient deduire leurs moyens, et qui rendrait un jugement en forme, en connaissance de cause.

---

* *C. N.* 1351. } L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

1242. Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées à la discrétion et au jugement du tribunal.

1242. Presumptions not established by law are left to the discretion and judgment of the court.

[ARTICLE 1242.]

* *Menochius*, *De præsump.* *Lib.* 1, *quæst. XLIV*, *p.* 58. } Quæro quadragesimo quarto, an præsumptio, sicuti & probatio, à judicis voluntate pendeat. Hac in re distinguendi sunt tres casus, quemadmodum & tres species præsumptionis sunt.

Primus est casus, cum agitur de præsumptione juris et de jure. Hoc quidem in casu, nulla est indicis voluntas, nullum ejus arbitrium circa eam : quandoquidem à lege ipsa ita firmata est præsumptio ista, ut recedi ab ea nullo modo possit non enim esse arbitrarium, quod à lege expressè sancitum est, jam scripsimus *lib.* 1. *de arbit. judic. et c. q.* 14.

Secundus est casus, cùm agitur de præsumptione juris tantum. Hec quoque non pendet à judicis voluntate, cum & ipsa jam sit à lege firmata, & constabilita. Erit tamen animaduertendum, quod probationes illæ mediæ, quæ potius facta appellantur, quibus ad has præsumptiones juris, & de jure, ac etia juris tantum devenitur, à judicis voluntate pendeant. Adferri potest exemplum *in l. non omnes.* § *à Barbaris. ff. de re milit.* miles, qui ab hostibus reversus est, præsumitur captus, non autem transfugisse, si probaverit, se antea militem bonum existimatum fuisse. Hæc juris præsumptio est. At ille probationes, quod bonus miles antea fuerit, in judicis potestate sunt, cum illæ testibus fiant, testium autem fidem in judicis pectore residere ait juriscons. *in l.* 3. § *tu magis ff. de testib.* & scripsi *lib.* 2. *de arbitr. judic. et c. casu* 90. *nu.* 1. Ille igitur præsumptiones, & probationes, quibus adducitur judex ad præsumptionem juris, in sua potestate sunt cum lege diffinitæ non sint, nec diffiniri potuerint, illa vero juris presumptio, ad quam adductus est, in sua potestate (ut diximus) posita non est.

Tertius est casus, cùm agitur de presumptione hominis. Hæc sanè verè pendet à judicis voluntate, & arbitrio, sicuti indicia quibus accusatus de crimine, vel inquiri, vel quæstionibus subjici potest, in judicis arbitrio esse posita, scripsi *lib.* 2. *de arbitrariis judicu*, *et c. casu* 270. ita & de his similibus docuit Abbas *in c. quanto. col. penul. in fin. vers. ex quibus concludo de præsumpt.* & docuit Bald. *in l. milites. nu.* 1. *C. de*

quæstio. judicem ex variis circunstantiis has præsumptiones, & indicia colligere.

---

5 *Marcadé*, *sur* *art.* 1353 *C. N.* } I.—Cette disposition est de la plus haute importance ; elle est l'une de celles qu'il faut se graver profondément dans l'esprit pour ne les jamais perdre de vue. Sa portée est, en effet, immense, puisqu'elle érige en preuves légales, pour tous les cas où le témoignage est admissible, les simples conjectures du magistrat, les simples probabilités que les dépositions des témoins ou les diverses circonstances de la cause peuvent faire naître dans son esprit... Quand on dit que celui qui soulève une prétention, soit en demandant, soit en défendant, ne peut la voir triompher qu'à la condition de la prouver, cette proposition, en cas d'admissibilité du témoignage, est bien loin d'avoir le sens rigoureux qu'on est naturellement enclin à lui donner, puisqu'elle signifie tout simplement que ce plaideur réussira s'il arrive, soit en faisant entendre des témoins, soit en argumentant de tel fait ou de telle circonstance, à rendre seulement probable dans la pensée du juge la vérité de son allégation. Ainsi, il est bien vrai que vous devez toujours fournir la preuve de votre prétention ; mais n'oublions jamais que, dans le langage de la loi, la preuve se réduit souvent à une simple vraisemblance, à une pure probabilité.

L'article nous dit que le juge ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes ; mais, par la force même des choses, cette proposition, dont les trois qualifications se résument définitivement dans la première, et qui est bien plutôt une recommandation de fait qu'un précepte de droit, n'a pas et ne peut avoir la sévérité qu'elle paraît présenter au premier aspect.

Et d'abord il ne paraît pas douteux, malgré les longues explications par lesquelles Toullier (X, 20-22) s'efforce d'établir le contraire, qu'un *concord* de présomptions ne saurait être exigé : sans doute, s'il y a plusieurs présomptions, il sera

très bon qu'elles soient concordantes ; mais s'il n'y en avait qu'une, ce qui arrivera souvent, le concord serait bien impossible, et comme il peut cependant arriver qu'une seule présomption ait beaucoup plus de gravité que plusieurs autres réunies et concordantes entre elles, il serait contradictoire que le juge pût se décider au moyen de plusieurs présomptions dont la réunion et le concord arrivent à un certain degré de gravité, et ne pût pas le faire au moyen d'une autre présomption qui, bien qu'elle soit isolée, présenterait pourtant une gravité beaucoup plus grande. Qu'on exigeât le concours de plusieurs présomptions alors qu'on exigeait, pour la preuve testimoniale, le concours de plusieurs témoins, c'était tout simple ; mais aujourd'hui que la règle *testis unus testis nullus* est, Dieu merci, repoussée de nos lois, aujourd'hui que les témoignages doivent se peser et non pas se compter, on ne voit pas comment il en pourrait être autrement pour les présomptions, et l'on ne peut regarder le mot *concordantes* que comme la reproduction irréfléchie d'une idée devenue inapplicable. Toullier, en tout cas, tombe dans une singulière erreur quand il dit (nº 20) que c'est là une idée nouvelle, introduite par notre législateur comme un progrès que la sagesse réclamait ; car cette idée que présentaient autrefois Danty (*sur Boiceau*, ch. 7, § 62) et Pothier lui-même (nº 816), est au contraire une de ces vieilles maximes dont le temps a fait justice, et qui tombe nécessairement avec la règle *testis unus* dont elle était la conséquence.

Et maintenant n'est il pas évident que les deux autres conditions de gravité et de précision se réduisent à dire que les présomptions, soit qu'elles coexistent dans une même affaire, soit qu'on les considère isolément, doivent être *concluantes* et non pas tellement vagues et légères qu'on n'en puisse induire aucune probabilité raisonnable ?... La présomption, ou la réunion des présomptions, doit être assez grave, assez puissante, pour engendrer la probabilité. Voilà le seul sens possible de la loi ; et comme le degré de gravité est un point qui ne saurait être fixé et pour ainsi dire numéroté, ni dans une

règle générale, ni encore moins dans chacun des objets auxquels il s'agirait d'appliquer cette règle, il est palpable qu'il y a là une question de fait, une appréciation de circonstances forcément abandonnées à la conscience du juge... C'est donc là un point qui ne saurait donner lieu à une violation de la loi, ni dès lors à un recours en cassation. Cette vérité, avec laquelle une partie des motifs de l'arrêt de cassation, du 10 janvier 1810, cité sous l'article précédent, nous paraît peu d'accord, est reconnue par des arrêts formels de la Cour suprême comme par les auteurs.

Il en est autrement, bien entendu, de la règle qui défend d'admettre les présomptions de l'homme, dans les cas où la loi n'admet pas la preuve testimoniale. C'est là, évidemment, une règle de droit, non pas un point de fait ; et c'est avec raison qu'un arrêt de Montpellier, qui avait méconnu cette règle, a été cassé par la Cour suprême.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*) *Oblig.*, *n*o 848 *et s.* } 848. Il y a quelques-unes de ces présomptions qui, sans être établies par aucune loi, sont assez fortes pour faire la même foi que les présomptions de droit ; sauf à la partie contre qui elles militent, à faire la preuve du contraire.

En voici un exemple assez ordinaire.

Lorsqu'une partie désavoue le procureur qui a occupé pour elle sur une demande, si le procureur désavoué est porteur de l'exploit de demande, et que l'huissier qui a donné l'exploit ne soit pas désavoué ; cet exploit dont il est porteur, forme une présomption en faveur du procureur, qui équipolle à une preuve du mandat, et suffit pour lui faire donné congé du désaveu.

La présomption est encore plus forte si le procureur est aussi porteur des titres de la partie, sur lesquels on a fondé la demande ; et la présomption qui résulte de ces titres, empêche aussi la partie de pouvoir désavouer l'huissier.

Pareillement, lorsque le procureur du défendeur est por-

teur des titres de sa partie qui ont servi à la défense de la cause, ces titres forment une preuve du mandat qu'il a eu d'occuper.

Ces présomptions dispensent bien le procureur d'apporter d'autres preuves du mandat ; mais elles n'excluent pas le désavouant de faire, s'il le peut, la preuve qu'il n'a point chargé le procureur d'occuper ;

Comme s'il rapportait une lettre de ce procureur conçue en ces termes : " J'ai reçu les titres que vous m'avez envoyés " pour consulter nos avocats ; je ne ferai rien sans vos ordres." Une telle lettre, qui établit que les titres ne lui ont été envoyés que pour consulter, et par laquelle il se soumet à attendre des ordres pour former la demande, détruit la présomption du mandat d'occuper, qui résultait de ce qu'il est porteur des titres.

Observez à l'égard des huissiers, que le titre dont l'huissier était porteur, fait bien une présomption de son mandat pour une assignation qu'il aura donnée en conséquence de ce titre, ou pour un simple commandement qu'il aura fait en vertu de ce titre ; mais il est très dangereux d'en établir une présomption pour des saisies, exécutions et ventes qu'il aura faites ; car nous voyons arriver tous les jours que les huissiers, abusant d'une pièce qu'on leur a remise pour faire un commandement, font, contre le gré du créancier, des saisies qui ruinent en frais le débiteur, et quelquefois le créancier.

Les autres présomptions que nous appelons *simples*, ne forment pas seules et par elles-mêmes une preuve ; elles servent seulement à confirmer et à compléter la preuve qui résulte d'ailleurs.

Papinien, en la loi 26, ff. *de Probat.*, en rapporte un exemple. Une sœur etait chargée envers son frère de la restitution d'un fidéicommis : après la mort du frère, il était question de savoir si ce fidéicommis était encore dû par la sœur à la succession du frère.

Papinien décide qu'on doit présumer que le frère en avait fait la remise à sa sœur ; et cette présomption de la remise il

la tire de trois circonstances;—1° de l'union entre le frère et la sœur;—2° de ce que le frère avait vécu fort longtemps sans demander le fidéicommis;—3° de ce qu'on rapportait un très grand nombre de comptes faits entre le frère et la sœur sur les affaires respectives qu'ils avaient ensemble, dans aucun desquels il n'y en avait la moindre mention.

Chacune de ces circonstances prise séparément, n'aurait formé qu'une simple présomption, insuffisante pour faire décider que le défunt avait remis la dette; mais leur réunion a paru à Papinien former une preuve suffisante de cette remise.

---

* *C. N.* 1353. } Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

SECTION V.

DE L'AVEU.

1243. L'aveu est extrajudiciaire ou judiciaire. Il ne peut être divisé contre celui qui le fait.

SECTION V.

OF ADMISSIONS.

1243. Admissions are extra-judicial or judicial. They cannot be divided against the party making them.

---

3 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 605. } L'aveu (1) est ou judiciaire, ou extrajudiciaire, selon qu'il est fait en justice (2), ou qu'il n'est pas fait en justice, mais, par

(1) [L'aveu est la reconnaissace faite par une personne de l'existence ou de la vérité d'un fait qui la concerne.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(2) V. sur la définition de l'aveu judiciaire, Duranton, 13, n. 545 et s.; Favard, v° *Aveu judiciaire*, § 1, et une dissertation de M Gossin, S. V., 33, 2, 138. [V. aussi Bonnier, n. 244 et s.; Marcadé, sur les art. 1334 et s.; Massé, 6, n. 227 —L'aveu judiciaire est celui qui est fait soit à l'audience, soit dans un interrogatoire sur faits et articles Besançon, 3 fruct. au XII; V. cependant Cass., 25 fév. 1836, S. V., 36, 1, 603; soit dans des actes de procédure; en remarquant cependant à cet égard que les soutiens et arguments judiciaires d'une partie à l'appui de son droit, et consignés dans les écritures par elles signifiées ne doivent pas être considérés comme autant d'aveux judiciaires qu'il soit permis de lui opposer, Cass., 3 juin 1829, Marcadé, sur l'art. 1334. V. aussi Cass., 5 dec. 1842, S. V., 43, 1, 27.] L'aveu fait devant le juge de paix en conciliation n'est pas précisément un aveu judiciaire dans le sens propre du mot. Cependant, il doit être, quand à sa force probante, art. 1336, assimilé à un aveu judiciaire, Toullier, 10, n. 271 et s.; Duranton, 13, n 561; [Delvincourt, sur les art. 1334 et s.; Boncenne, *Pr. civ.*, 2, p. 45;] Turin, 6 déc. 1808; [Limoges, 17 juill. 1849, S. V., 49, 2, 710. V. aussi Pigeau, *Com.*, 1, p. 150; Chauveau et Carré, n. 229; Bonnier, n. 251.]—L'aveu fait devant un juge incompétent à raison de la matière ne peut être considéré comme un aveu judiciaire, Duranton, 13, n. 562 et s.; [Merlin, *Rép.* v° *Confession*, parce que tout ce qui se fait et se passe devant lui est comme non avenu. Il est même douteux que le juge incompétent seulement à raison de la personne puisse, au moment où il déclare son incompétence, donner acte d'un aveu fait devant lui, puisqu'il se dessaisit en se déclarant incompétent, et ne peut plus faire aucun acte de juridiction V. Cass., 14 mai 1834, S. V., 34, 1, 847, V. cependant Riom, 18 mai 1842, S. V., 42, 2, 331.—La plupart des auteurs décident que l'aveu fait par une partie dans une instance n'a pas contre elle la force de l'aveu judiciaire dans une autre instance. V. Marlin, *Quest.*, v° *Confession*, § 1; Toullier, 8, n. 26; Duranton, 13, n. 552. V. aussi Cass., 4 août 1840, S. V, 40, 1, 905. Cependant il nous semble que la preuve acquise dans une instance ne peut pas être considérée comme non avenue dans une autre, et que ce qui a été judiciairement vrai ne peut pas cesser de l'être. V. Paris, 13 juin 1809; Marcadé, sur l'art. 1334.—Enfin la non-dénégation d'un fait ne

exemple, dans une lettre missive ou dans une conversation (1), art. 1354.

L'aveu judiciaire peut être ou volontaire ou forcé. Il est forcé lorsqu'il est provoqué par des questions posées en justice à une partie par la partie adverse. V. Pr., art. 324 et s.

Il n'y a aucune différence entre l'aveu judiciaire volontaire et l'aveu judiciaire forcé, quant à leurs effets ; mais ils diffèrent relativement au droit des parties de se rétracter (2).

L'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire doivent être considérés, non comme un moyen de preuve, mais comme une renonciation au droit de réclamer une preuve de la partie adverse (3). Il résulte de là que ceux qui sont maîtres de

constitue pas un aveu de ce fait, lorsque la partie à qui on l'oppose n'a pas été mise en demeure de s'expliquer, Limoges, 22 janv. 1836, S. V., 36, 2, 132; Merlin, *Rép.*, vº *Partage*, § 11, et *Quest*, vº *Faux*, § 6 ; Toullier. 10, n. 299. Mais il en est autrement quand il y a eu une articulation de faits sur lesquels une partie a été mise en demeure de s'expliquer, soit préalablement à une enquête, soit par un interrogatoire sur faits et articles, et que la partie n'a pas contredit les faits articulés, ou n'a pas comparu pour répondre à l'interrogatoire ; dans ce cas les faits doivent être tenus pour confessés et avérés ; et la non-dénégation a la même force qu'un aveu judiciaire, Pr., art. 252 et 330.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [Ainsi l'aveu fait par une partie dans une lettre missive adressée, même durant l'instance, à sa partie adverse, ne peut être considéré comme un aveu judiciaire, Cass., 7 nov. 1827. Mais il en serait autrement si la lettre avait été produite ou reconnue par son auteur et était devenue pièce du procès, Massé, 6, n. 227] Il ne faut pas confondre avec un aveu extrajudiciaire l'acte dressé dans le but de constater une obligation déterminée, Duranton, 13, n. 533.] (Note de MM. MASSE et VERGÉ.)

(2) Toullier, 10, n. 287 et s. [Nous verrons *inf.*, note 9, que cette distinction entre l'aveu judiciaire forcé et l'aveu judiciaire volontaire n'a aucune utilité juridique, et que l'un ne peut pas plus être rétracté que l'autre.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(3) *Est instar donationis*, Pothier, *Oblig.*, n. 801 ; Pigeau, 1, p. 209 ; Favard, *loc. cit.*, § 4 ; Cass, 11 juill. 1809 Aussi le Code, et c'est avec raison, ne range-t-il pas l'aveu parmi les moyens de preuve. Il ne le considère que comme un motif de décision judiciaire ou comme une pre-

leurs droits peuvent seuls faire un aveu valable (1), et qu'un fondé de pouvoirs ne peut faire un aveu valable qu'en vertu d'un pouvoir spécial. V. Pr., art. 352 et s.

L'aveu, de même que toute renonciation, V. *sup.*, § 567, peut être rétracté, tant qu'il n'a pas été accepté par la partie adverse. V. Pr., art. 352 et s. Cependant, l'aveu judiciaire forcé, et même l'aveu extrajudiciaire, faits en présence de la partie adverse (2), sont présumés tacitement acceptés (3).

somption légale, art. 1330, alin. 4. [Cette manière d'envisager l'aveu manque d'exactitude. L'aveu est une preuve du fondement de la demande qui repose sur le fait avoué, et il ne dispense d'une preuve ultérieure que parce que lui-même est une preuve, et une preuve des plus concluantes. A ce point de vue une preuve par titre, une preuve par témoins, quand elles sont concluantes, dispensent également d'une preuve ultérieure. Il y a entre l'aveu et les autres moyens de preuve cette seule différence que c'est le défendeur qui fournit directement une preuve contre lui. C'est au surplus à tort que le Code a classe l'aveu parmi les présomptions, ou, ce qui revient au même, parmi les preuves par induction, tandis qu'il constitue une preuve directe et proprement dite.] (Note de MM. MASSE et VERGÉ).

(1) Desquiron, p. 21 ; Duranton, 13, n. 542; [Delvincourt, 2, p. 830; Bonnier, n. 247 ; Marcadé, sur l'art. 1334.—Ainsi il ne peut être fait par un mineur ou par un interdit. Cependant une femme mariée, autorisée par son mari à ester en justice, peut reconnaître valablement dans un interrogatoire l'existence d'une dette réclamée contre elle, sans avoir besoin à cet égard d'une autorisation spéciale de son mari, Cass., 22 avril 1828. La femme n'est, en effet, incapable que comme femme mariée: l'autorisation de son mari à l'effet d'ester en justice fait donc cesser cette incapacité pour tout ce qui se rattache à l'instance.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Peu importe, sous tout autre rapport, que l'aveu ait été fait en présence de la partie ou en présence d'un tiers. Il est également indifférent qu'il ait été fait ou non en présence de témoins, Duranton, 13, n. 338 et s. [V. la note suivante.] (Note de MM. MASLÉ at VERGÉ.)

(3) Toullier, 10, n. 287 et s., 302 et s. ; Merlin, *Rép.*, v° *Preuve*. V. aussi Colmar, 21 avril 1828. Dans tous les cas, on fera toujours bien de demander acte d'un aveu fait en justice. [Un certain nombre d'auteurs soutiennent que l'aveu judiciaire peut être rétracté tant qu'il n'a pas été

L'aveu peut être opposé aux héritiers et ayants droit de celui qui l'a fait (1).

La règle que l'aveu est une renonciation, *confessionem esse instar renunciationis*, ne doit pas d'ailleurs être entendue en

accepté ou qu'il n'en a pas été donné acte. V. les autorités précitées, et Bonnier, n. 249. Il y a aussi des arrêts en ce sens. V. Bruxelles, 30 mai 1823, et l'arrêt précité de Colmar, qui va même jusqu'à décider que la rétractation ou révocation de l'aveu peut être tacite. C'est là une erreur manifeste: l'aveu n'est pas le principe d'un contrat, qui ne deviendrait parfait que par l'acceptation de l'autre partie; il est, au contraire, le complément de ce contrat, puisqu'il renferme la reconnaissance d'un fait contesté par l'avouant, et qu'il est dès lors nécessairement accepté d'avance par la partie qui avait allégué le fait méconnu. Cette partie agit sans doute prudemment en demandant acte de l'aveu pour le constater, en fixer les termes et le mettre à l'abri de toute dénégation ultérieure; mais cette précaution n'est pas nécessaire pour manifester une acceptation qui préexiste nécessairement, arg. art. 1336; Marcadé, sur l'art. 1334; Massé, 6, n. 223. Il suit de là qu'il n'y a aucune distinction entre l'aveu volontaire et l'aveu forcé, l'un ayant au fond le même caractère que l'autre. Seulement lorsque l'aveu forcé est consigné dans un procès-verbal, par exemple dans un procès-verbal d'interrogatoire sur faits et articles, il n'y a pas lieu d'en demander acte, parce que l'aveu se trouve constaté d'une manière authentique, soit quant à sa teneur, soit quant à son objet.—En ce qui touche l'aveu extrajudiciaire dont les termes peuvent ne pas avoir la précision de ceux de l'aveu judiciaire, et qui peut ne pas se rapporter clairement à une prétention qui n'a pas été nettement determinée, la question de savoir s'il est définitif tant qu'il n'a pas eté accepté dépend entièrement des circonstances.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(1) Duranton, *Des contrats*, 4, n. 1460. [Mais il ne fait pas foi contre les tiers. L'aveu est un consentement qui, relativement aux tiers, ne peut avoir effet que du jour où il se manifeste, et qui ne saurait rétroagir au jour où se serait passé le fait avoué. Il ne peut donc préjudicier aux droits antérieurement acquis par des tiers. Mais l'aveu que ferait un créancier de la libération de son débiteur pourrait suffire pour prouver cette libération vis-à-vis de ses propres créanciers, et pour éteindre l'action qui leur appartient du chef de leur débiteur contre le débiteur de celui-ci, sauf aux créanciers à attaquer cet aveu comme fait en fraude de leurs droits. V. cependant Massé, 6, n. 226.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

ce sens qu'un aveu manquant des qualités nécessaires à la validité d'une renonciation ne puisse être employé comme une *præsumptio judicis et facti* (1).

L'aveu extrajudiciaire a pour effet de dispenser l'autre partie de toute preuve ultérieure, ou d'être *instar probationis*, mais à la condition de pouvoir être constaté d'après les règles de la preuve en général, art. 1355 et argument de cet article. Si donc la preuve par écrit est seule admissible dans l'espèce, on ne pourra se prévaloir de l'aveu de la partie adverse qu'à la condition de pouvoir constater l'aveu par des actes, à moins que la preuve testimoniale ne soit exceptionnellement reçue.

§ 606. L'aveu judiciaire valable fait pleine foi contre celui qui l'a fait; en d'autres termes, celui qui a pour lui l'aveu de son adversaire n'a plus rien à prouver.

L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait, *Confessio dividi nequit*. Cependant cette maxime ne s'applique qu'au cas où les faits avoués sont de leur nature connexes entre eux; elle ne s'applique pas au cas où ces faits ne sont mis en rapport entre eux que par l'aveu de la partie (2). A, par exemple, forme contre B une demande en paiement de la somme de 100 francs qu'il lui a prêtée: B

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 801; Merlin, *Quest.*, v° *Confession*, § 1; Paris, 13 juin 1809; Cass., 11 juill. 1809. [Cela revient à dire que la déclaration qui manque des caractères de l'aveu peut encore être consultée par le juge à titre de renseignements ou de présomption simple, mais, bien entendu, dans les cas seulement où des présomptions sont admissibles.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [Parce qu'il ne peu pas être permis à celui qui avoue une obligation de s'en libérer ou de se créer un droit par des articulations ou des réserves qui n'ont pas un rapport direct à cette obligation même. L'aveu n'est donc pas indivisible lorsqu'il porte sur des faits distincts et indépendants l'un de l'autre. Cass., 25 déc 1833, S. V., 36, 1, 141; 6 fév. 1838, S. V., 38, 1, 108; 8 mai 1855, S. V. 56, 1, 62; Carré, n. 1262; Maleville, sur l'art. 1336; Merlin, *Rép.*, v° *Confession* et v° *Chose jugée*, et *Quest.*, v° *Suppression de titres*; Toullier, 10, n. 339: Bonnier, n. 250; Marcadé, sur l'art. 1336; Massé, 6, n. 225.] (Note de MM. MASSE et VERGÉ.)

avoue qu'il a reçu un prêt d'A, mais prétend que ce prêt n'a été que de 50 francs. Ou bien encore, A forme une demande contre B à fin d'exécution d'un contrat de vente; B avoue l'existence du contrat, mais prétend que le contrat n'a été formé que sous telle ou telle condition (1). Ou bien encore, A forme une demande contre B en paiement d'une somme de 1,000 francs qu'il lui a prêtée ; B avoue qu'il a reçu la somme, en prétendant toutefois l'avoir reçue, non à titre de prêt, mais à charge de rente viagère (2). Dans ces différents cas l'aveu ne peut être divisé, parce qu'une connexité de fait s'établit entre les différentes parties de l'aveu, et que la renonciation est essentiellement conditionnelle (3) Supposons au contraire que le défendeur, tout en reconnaissant le fondement de la demande, allègue l'exception de la compensation ou du paiement (4) ; ou que la demande comprenant plusieurs

(1) V. Montpellier, 6 mars 1828.

(2) Riom, 25 juill. 1827.

(3) [Mais cette règle de l'indivisibilité de l'aveu suppose bien évidemment que l'aveu est la seule preuve du fait allégué ou de l'obligation; car il est manifeste que lorsque l'existence d'une obligation est établie d'ailleurs par d'autres éléments de preuve, il ne peut dépendre de l'obligé, en faisant un aveu plus ou moins restrictif, de changer une obligation pure et simple en une obligation conditionnelle. Comme alors il n'est pas nécessaire d'invoquer l'aveu sur un point, il est permis de le rejeter sur l'autre ; et comme alors on ne tient aucun compte de l'aveu et qu'en réalité il se trouve rejeté en entier, ce n'est pas diviser l'aveu que de condamner l'avouant comme débiteur pur et simple, Cass., 21 mai 1838, S. V., 42, 1, 37 ; 22 nov. 1841, S. V. 42, 1, 181 ; 18 et 26 fév. 1851, S. V., 51, 1, 327 et 333 ; Marcadé, sur l'art. 1356 ; Massé, 6, n. 224.] Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(4) *Denique si confessioni exceptio adjecta fuerit.* V. conf. Amiens, 19 janv. 1826 ; Cass., 8 août 1827 ; 16 déc. 1828 ; 25 déc. 1833, S. V., 36, 1, 141 ; Douai, 13 mai 1836, S. V., 36 2, 450. [La question n'est pas douteuse en ce qui touche la compensation. Il est certain que la créance opposée en compensation n'ayant aucun rapport avec la dette avouée, on peut condamner l'avouant comme débiteur, et rejeter la compensation qui n'aurait d'autre fondement que son dire, sans contrevenir en cela

chefs, le défendeur avoue les faits relatifs à l'un de ces chefs et nie les autres: l'aveu, dans ces différents cas et dans les autres cas semblables, sera certainement divisible (1). Et alors l'aveu est également divisible, en ce sens qu'il peut, selon les circonstances, servir à faire admettre la preuve testimoniale, ou à corroborer la preuve, insuffisante par elle-même, qui milite en faveur de la partie adverse (2). Enfin, l'aveu est

au principe de l'indivisibilité de l'aveu. V. l'arrêt précité de Douai, du 13 mai 1836, et Cass., 14 janv. 1824.—Il y a plus de difficultée en ce qui touche le paiement. On peut dire pour la divisibilité de l'aveu que le paiement articulé par l'avouant est un fait distinct de l'obligation avouée, et que ces deux faits n'ont aucune connexité, parce qu'ils doivent être prouvés séparément l'un de l'autre, la preuve du paiement ne pouvant jamais résulter de la preuve de l'obligation. Mais on peut dire pour l'indivisibilité que le fait du paiement et le fait de l'obligation sont connexes, puisque le paiement est en quelque sorte le complément de l'obligation, et que le point de savoir si la dette existe se confond intimement avec celui de savoir si la dette est payée. Cette manière d'envisager la question est la seule rationnelle, d'autant plus que le créancier n'a pas dû donner une preuve écrite du paiement d'une obligation dont il n'avait lui-même aucune preuve, et que s'en étant rapporté en ce qui touche la formation de l'obligation à la bonne foi de son débiteur, il doit s'en rapporter également à son débiteur en ce qui touche l'extinction de l'obligation, Cass., 25 avril 1855, S. V., 55, 1, 566; Marcadé, sur l'art. 1336; Bonnier, n. 250; Massé, 6, n. 225.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) V. Toullier, 10, n. 333 et s.; Duranton, 13, n. 333 et s.; Merlin *Rép.*, v° *Confession*. [V. *sup.*, note 2.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Cass., 14 janv. 1824; 20 juin et 8 août 1826; Grenoble, 13 mars 1834, S. V., 34, 2, 684; Cass., 6 avril 1836, S. V., 36, 1, 747. [C'est seulement quand l'aveu peut être divisé qu'on peut chercher dans une partie de l'aveu, soit un commencement de preuve par écrit, soit des présomptions de nature à faire attribuer au fait avoué les conséquences que l'aveu lui refuse, Cass., 25 avril 1833, S. V., 33, 1, 368 Mais rien n'empêche, en tenant un fait avoué pour certain dans toutes ses parties, de le prendre pour point de départ d'une articulation nouvelle. Ainsi l'aveu sur le fait de l'existence d'un acte peut servir de commencement de preuve par écrit pour admettre la preuve du vice de captation dont cet acte se trouverait entaché., Cass., 29 déc. 1849, S. V., 56, 1, 717.] Note de MM. Massé et Vergé.)

toujours divisible en ce sens que, si une partie de l'aveu est en contradiction avec les propres actes de celui qui l'a fait, cette partie contradictoire ne pourra être opposée à l'adversaire.

L'aveu judiciaire valable ne peut être révoqué que pour erreur de fait, et non sous prétexte d'une erreur de droit, *propter errorem juris* (1), art. 1356.

§ 607. Les règles qui précèdent, relativement à la force probante de l'aveu judiciaire, s'appliquent également, par analogie, à la force probante de l'aveu extrajudiciaire.

---

* 10 *Toullier*, *Contrats*, *n°* 273, 287. } 273. Les aveux judiciaires proprement dits sont ceux qui sont faits *in judicio*, ou, comme dit le Code, en jugement pendant le cours de l'instruction du procès porté devant le tribunal qui doit juger. Ces aveux *sont forcés* ou *spontanés*.

Ils sont forcés dans le cas des interrogatoires sur faits et articles, et dans le cas où le tribunal ordonne aux parties de comparaître en personne à l'audience, pour y être interrogées sur les faits du procès.

Les aveux spontanés, sont ceux que fait l'une des parties sans en être interpellée ni requise, lorsque, soit dans ses écritures, soit dans sa plaidoirie, elle reconnaît un fait dont l'autre peut tirer des inductions en sa faveur.

287. Il n'est pas douteux que les aveux volontairement faits par l'une des parties, soit à l'audience de vive voix, soit dans les écritures qu'elles ont souscrites, ne fassent pleine foi contre elle en faveur de l'autre ; mais il faut, à cet égard, faire une remarque importante, à laquelle nos auteurs n'ont pas fait autant d'attention qu'elle le mérite ; c'est que de pareils aveux peuvent être révoqués avant que l'autre partie ait déclaré les avoir acceptés, en demandant au tribunal qu'il

(1) [Mais l'aveu peut être rétracté pour cause d'errer de droit quand on prouve que cette erreur a été causée par le dol de la partie adverse, Toullier, 10, n. 311.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

en soit décerné acte. C'est une maxime fort ancienne au palais, ainsi que l'enseignent les auteurs exacts *de la nouvelle Collection de jurisprudence*, par MM. Camus et Bayard, vo Aveu, tome 2, p. 634. " Lorsqu'une partie, disent-ils, fait dans ses " requêtes quelque aveu dont on croit que l'on pourra tirer " avantage, il faut être attentif à en demander *acte*, parce " qu'on tient au palais qu'après telle demande il n'est plus " libre à la partie de rétracter son aveu, comme elle pouvait " le faire jusque-là."

Cette maxime, que ces savans auteurs n'ont fait qu'énoncer, est fondée sur un de ces principes élémentaires, si simples et si vrais, que personne ne les conteste, savoir : que l'on peut toujours rétracter sa parole, avant qu'il y ait droit acquis à un tiers par l'acceptation. L'aveu volontaire d'un fait, d'où vous pourriez tirer une conséquence en votre faveur, ne vous confère aucun droit contre moi, avant votre acceptation. Je puis donc le rétracter sans vous faire aucun tort. Ce n'est que dans le cas où vous avez quelque droit acquis, que je ne puis changer de volonté au préjudice de ce droit : *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. Loi* 75, *ff. de R. J.* La rétractation d'un aveu, que j'ai fait peut-être par légèreté ou par tout autre motif, ne fait que nous replacer l'un et l'autre dans la situation où nous étions avant notre aveu. Si vous aviez des preuves du fait en question, ma rétractation n'y porte aucun préjudice : si vous n'en aviez point, je n'étais pas tenu de vous en fournir. De quelque manière qu'on envisage la chose, je puis donc, avant que ma volonté soit enchaînée par votre acceptation, me rétracter sans vous faire aucun tort.

---

* *C. N.* 1354. } L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

1244. L'aveu extra-judiciaire doit être prouvé par écrit ou par le serment de la partie contre laquelle il est invoqué, excepté dans les cas où, suivant les règles contenues dans ce chapitre, la preuve par témoins est admissible.

1244. An extra-judicial admission must be proved by writing or the oath of the party against whom it is set up, except in the cases in which, according to the rules declared in this chapter, proof by testimony is admissible.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 834 *et s.* } 834. La *confession extrajudiciaire* est celle qui se fait hors justice.

Nous n'entendons pas parler ici de la confession que font les parties de leurs obligations par l'acte du contrat d'où elles naissent, ou par des actes de titre nouvel et de reconnaissance, qui sont passés exprès pour cela.

Nous avons traité, au chapitre premier, de la preuve que font ces actes.

Les confessions de la dette, dont nous parlons ici, sont celles que fait le débiteur, soit dans une conversation, soit par une lettre missive, ou qui se trouvent incidemment dans quelque acte qui n'a pas été passé exprès pour cela.

Dumoulin distingue celles que mon débiteur a faites à moi-même, et celles qu'il a faites à des tiers hors de ma présence.

Lorsque c'est à moi-même que le débiteur a confessé la dette, et que sa confession exprime la cause de la dette, cette confession fait une preuve complète de la dette; mais si elle a été faite d'une manière vague, et sans exprimer la cause, elle ne forme, selon cet auteur, qu'une preuve imparfaite, qui a besoin d'être complétée par le serment supplétoire que le juge doit me déférer.

Lorsque la confession a été faite à quelqu'un qui me représentait, comme à mon tuteur, à mon curateur, à mon procu-

reur, etc., c'est la même chose que si elle avait été faite à moi-même.

Lorsqu'elle a été faite à un tiers hors de ma présence, elle ne fait qu'une preuve imparfaite, qui doit être complétée par le serment supplétoire.

Telles sont les distinctions que fait Dumoulin, *ad* L. 3, Cod. *de Reb. cred.*

Ces principes de Dumoulin me paraissent avoir encore besoin d'une distinction.

Lorsque mon débiteur, qui est convenu hors justice me devoir une certaine somme, nie, quand il est assigné pour le payer, avoir contracté envers moi la dette de cette somme, la confession qu'il en a faite ci-devant le convainc de mensonge, et établit la preuve de la dette dont je lui demande le paiement, sans qu'il puisse être ensuite écouté à alléguer, sans preuve, qu'il a payé cette somme, dont il a d'abord nié avoir jamais été débiteur.

Mais si mon débiteur assigné est convenu m'avoir effectivement dû cette somme, mais soutient me l'avoir payée depuis qu'il est convenu me la devoir, soit que sa confession ait été faite à un tiers, soit qu'elle ait été faite à moi-même, soit qu'elle ait été faite dans une conversation, soit qu'elle se trouve dans une lettre missive, ou dans quelque autre acte qui n'ait pas été fait pour me servir de preuve de la dette, elle ne fera aucune preuve que la somme ne soit encore due aujourd'hui.

A l'égard de ce que dit Dumoulin, "que la confession faite à un tiers ne fait qu'une preuve imparfaite de la dette," observez qu'il y a certains cas où elle doit en faire une preuve complète.

Guthierez *de Contr. jura*, quest. 54, nº 5, rapporte pour exemple le cas où le débiteur, en faisant cet aveu à des tiers, dit qu'il le fait pour la décharge de sa conscience.

Par exemple, si un malade fait venir deux personnes auxquelles, dans la crainte où il est d'être surpris par la mort, il déclare "qu'il me doit une somme de 100 livres que je lui ai

prêtée sans billet ; " une telle confession, quoique faite à des tiers, me paraît faire une preuve complète de la dette.

Lorsque mon débiteur, dans un inventaire pour dissoudre une société, comprend dans le passif la dette dont il est tenu envers moi ; cette confession, quoique faite hors de ma présence, me paraît aussi devoir faire une preuve complète de la dette.

Si la confession extrajudiciaire que le débiteur a faite de la dette en présence et sur le requis du créancier, fait une preuve complète de la dette, à plus forte raison la confession extrajudiciaire du paiement, faite par le créancier en présence et sur le requis du débiteur, fait une preuve parfaite de paiement ; car la libération étant favorable, elle doit se prouver plus facilement que l'obligation.

Il en est de même si cet aveu a été fait par le créancier, en présence de quelqu'un qui l'avait requis de la part du débiteur ; car c'est comme s'il avait été fait en présence de la personne même du débiteur ; Guthierez, *ibid.*

Il y a même des docteurs cités par Guthierez, qui pensent que la confession extrajudiciaire du paiement faite par le créancier, quoique en l'absence du débiteur, fait une preuve complète du paiement ; mais Guthierez pense qu'elle ne fait qu'une preuve imparfaite.

Cela doit beaucoup dépendre des circonstances.

835. Celui qui veut prouver sa demande par la confession extrajudiciaire de la dette, ou ses défenses par la confession qu'il prétend que le demandeur a faite du paiement ou de la remise de la dette, doit justifier cette confession.

Elle peut se justifier ou par quelque écrit, ou par des témoins.

Si néanmoins le fait que j'entends prouver par votre confession extraordinaire, était un fait dont la preuve ne fût pas admissible, je ne pourrais être admis à la preuve testimoniale de votre confession.

Par exemple, si je vous demande la restitution d'un certain livre de la valeur de plus de 100 livres que je prétends vous

avoir prêté, et que je mette en fait " que vous êtes convenu du prêt en présence de témoins," je ne serai pas admis à prouver par témoins cette confession, parce que ce serait m'admettre indirectement à la preuve testimoniale du prêt d'une chose qui vaut plus de 100 livres, ce que l'ordonnance défend.

836. Pour que la confession fasse une preuve contre celui qui l'a faite, il faut que celui qui l'a faite soit capable de s'obliger ; la confession d'une femme non autorisée de son mari, ou d'un mineur, ne fait pas de preuve.

837. La confession fait preuve non-seulement contre celui qui l'a faite, mais encore contre ses héritiers : néanmoins si quelqu'un avait confessé devoir à une personne à qui les lois défendent de donner, cette confession ne fera pas contre eux preuve de la dette, à moins que les causes de la dette ne soient bien circonstanciées.

C'est le cas de la maxime : *Qui non potest donare, non potest confiteri.*

838. La *confession tacite* doit avoir le même effet que la *confession expresse.*

C'est pourquoi le paiement que fait une personne, étant une confession tacite de sa part qu'il devait la chose qu'il a payée, il résulte de ce paiement une preuve contre lui, que la chose qu'il a payée était effectivement due.

Si donc il veut répéter cette chose comme l'ayant payée indûment, celui qui l'a reçue n'est point chargé de prouver qu'elle lui fût due effectivement ; il en a une preuve suffisante, qui résulte de la confession tacite que renferme le paiement qui lui a été fait ; c'est à celui qui a fait le paiement à justifier l'erreur. C'est la décision de la loi 25, ff. *de Probat.*

Néanmoins Paul, de qui est cette loi, y apporte deux exceptions.

La première est que, si celui à qui la chose a été payée, étant assigné en répétition, a commencé par dénier le paiement qui lui en a été fait, et que ce paiement ait été depuis

justifié, il doit être obligé à prouver que la chose qui lui a été payée lui était effectivement due.

La raison de cette exception est que la présomption contre la vérité de la dette, qui résulte de la fausse dénégation qu'il a faite du paiement qui lui en a été fait, détruit la présomption de la vérité de cette dette qui résultait du paiement.

Paul rapporte une seconde exception en faveur des mineurs, des femmes, des soldats, des gens de campagne. Comme ces gens sont faciles à surprendre, il trouve à propos que celui qui a reçu d'eux quelque chose en paiement, soit tenu de prouver que la chose était effectivement due.

Cette exception ne me paraît pas devoir être admise indistinctement ; elle doit beaucoup dépendre des circonstances.

---

* 10 *Toullier*, *Contrats*, *n°* 300 *et s.* } 300. Passons maintenant à l'aveu extrajudiciaire, qui est de deux sortes, écrit ou verbal.

Le Code ne s'est point occupé, dans la présente section, de l'aveu extrajudiciaire écrit, parce qu'il rentre dans la classe des preuves littérales, qui sont l'objet des sect. 1 et 2.

301. Le Code ne contient qu'une seule disposition sur l'aveu extrajudiciaire verbal. L'art. 1355 porte : " L'allégation d'un aveu extrajudiciaire *purement* verbal est inutile, " toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve " testimoniale ne serait pas admissible."

Disposition qui paraît, on ne peut le dissimuler, inutile et oiseuse, après les dispositions des articles 1341 et suivants, sur la preuve testimoniale. On peut dire cependant que le but de l'article 1355 a pu être de rejeter l'opinion de quelques anciens auteurs, qui pensaient que l'aveu extrajudiciaire ne pouvait être prouvé par témoins ; car, malgré la rédaction assez insignifiante de l'art. 1355, il résulte incontestablement de sa disposition que l'aveu extrajudiciaire verbal peut être prouvé par témoins, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise.

Telle est aussi la doctrine de Pothier, qui dit, n° 803, que la confession extrajudiciaire peut se justifier par quelque écrit, *et par des témoins.*

Si l'aveu extrajudiciaire peut être prouvé par témoins, il s'ensuit qu'il peut former une preuve contre celui qui l'a fait; car il serait absurde de penser que le Code permît de prouver par témoins un aveu qui ne saurait, en aucun cas, faire foi en justice.

302. Il est vrai qu'en suivant toujours la marche de Pothier, le Code énonce positivement que *l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait*, et qu'il n'applique point ce principe à l'aveu extrajudiciaire.

Mais gardons-nous d'en conclure, *à contrario*, que l'aveu extrajudiciaire ne peut faire une preuve complète ; gardons-nous encore de cet argument trivial, *qui dicit de uno negat de altero.* Ces faux raisonnements, qui n'ont jamais rien de concluant par eux-mêmes, doivent être bannis de l'école et du barreau, si l'on veut rendre à la jurisprudence toute sa pureté, et en faire, à l'exemple des jurisconsultes romains, une science raisonnable.

La timide réserve des rédacteurs du Code nous annonce seulement que, forcés de travailler avec trop de rapidité, ils n'ont pas eu le temps d'approfondir cette doctrine, pour en poser les principes fondamentaux avec les exceptions, et qu'ils ont prudemment abandonné ce soin aux jurisconsultes et aux magistrats.

Essayons de remplir notre tâche.

Qu'importe que le Code n'ait pas expressément énoncé, comme à l'égard de l'aveu judiciaire, le principe que l'aveu extrajudiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait? N'avons nous pas la raison, et les jurisconsultes romains, qui en ont dicté les oracles ? Nous l'avons déjà dit, l'aveu est un acte de la volonté de celui qui reconnaît la vérité d'un fait. Il est donc évidemment conforme à la raison que l'on puisse opposer cette reconnaissance à celui qui l'a faite librement et en connaissance de cause ; car comment pour-

rait-il récuser son propre témoignage? *Stare oportet suæ confessioni... nimis enim indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce dilucidè protestanus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.*

Tel est le premier principe général et fondamental, en matière d'aveux. Il est fondé sur la raison: *Fides enim contra se cuiquæ habetur.* *Loi* 1, §§ 1 *et* 3, *ff. de interrogationibus in jure faciendis*, 11, 1.

Ce principe n'est pas moins applicables aux aveux extrajudiciaires, écrits ou non écrits, qu'aux aveux judiciaires; car ce n'est pas le lieu où il est fait, c'est la nature de l'aveu qui fait toute sa force; c'est parce qu'il est fait avec réflexion et en connaissance de cause, qu'il forme une preuve contre celui qui l'a fait. Les aveux judiciaires proprement dits sont toujours faits avec réflexion, quoiqu'ils puissent être la suite d'une erreur. Quant aux aveux extrajudiciaires, surtout ceux qui ne sont faits que verbalement, ils peuvent être faits par légèreté et sans réflexion; en un mot, sans cette maturité qui peut seule leur donner du poids. C'est en cela que consiste la difficulté. On n'en peut juger que par les circonstances, par le caractère connu de celui qui a fait l'aveu, et autres considérations que la loi ne peut prévoir.

303. Cependant, il y a une distinction importante qu'ont faite les docteurs, et notamment Dumoulin, entre ceux qui sont faits en présence de la personne, ou à la personne même qui peut en tirer avantage, et ceux qui sont faits à des tiers hors de sa présence. Si, par exemple, un débiteur, en présence de témoins dignes de foi, fait à son créancier l'aveu qu'il lui doit une somme de 150 francs, en ajoutant qu'il le prie de lui accorder un délai, qui peut douter qu'un pareil aveu ne fasse une preuve complète contre celui qui l'a fait?

304. Les docteurs pensaient même qu'en ce cas il n'était pas nécessaire que l'aveu fût accepté par le créancier d'une manière expresse, et que sa présence seule faisait présumer l'acceptation, comme dans un acte écrit, ce qui ne paraît pas douteux; mais ils exigeaient que l'aveu verbal énonçât for-

mellement la cause de la dette ; par exemple, si elle provenait d'un prêt, d'un dépôt, d'une vente, etc., sans quoi l'aveu fait à la personne, ou en la présence du créancier, ne formait pas une preuve complète, mais une simple présomption, laquelle cependant pouvait être corroborée par le serment supplétoire de Dumoulin.

L'opinion des docteurs, en ce point, était fondée sur ce qu'en droit romain, le billet même écrit par lequel le débiteur reconnaissait la dette, ne formait point une preuve suffisante, si la cause n'y était énoncée. *Loi* 25, § *ult.*, *ff. de probat.*, 22, 3. Mais cette loi étant abrogée par l'art. 1132 du Code, qui porte que la convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, il faut dire, par identité de raison, que la reconnaissance verbale, faite en présence du créancier, n'en forme pas moins une preuve complète contre celui qui l'a faite, à moins qu'il ne puisse prouver que l'aveu est la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait révoquer son aveu sans preuve.

305. Quant à l'aveu extrajudiciaire purement verbal, fait à des tiers en l'absence de la personne qui pourrait en tirer avantage, il n'a point le même poids, la même autorité que l'aveu fait en sa présence. Son absence fait assez naturellement présumer que l'avouant n'a point voulu lui conférer un titre ou une preuve de créance. Il peut être le fruit de l'inconsidération, de la légèreté ; un mensonge controuvé pour avoir un prétexte de refuser ou d'écarter des emprunteurs. On n'a donc jamais donné à de pareils aveux la force d'une preuve complète ; mais joints à des commencements de preuves déjà acquis et à d'autres présomptions, ils peuvent suffire pour déterminer une condamnation, dans les cas où la preuve testimoniale est recevable, ou pour déférer, suivant les circonstances, le serment supplétif au défendeur, en supposant toujours l'aveu bien constaté.

[ARTICLE 1245.]

* *C. N.* 1355. } L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible.

1245. L'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait.	1245. A judicial admission is complete proof against the party making it.
Il ne peut être révoqué à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait.	It cannot be revoked unless it is proved to have been made through an error of fact.

---

* *ff. Liv.* 42, *tit.* 2, *De confessis*, *LL.* 1, 2, 4. } *L.* 1. Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. (PAULUS).

L. 2. Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit. (ULPIANUS).

L. 4. Si is, cum quo lege Aquilia agitur, confessus est, *servum occidisse :* licèt non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur. (PAULUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 1. Celui qui a avoué en justice est regardé comme étant jugé : c'est lui-même en quelque sorte qui porte une sentence de condamnation contre lui. (PAUL).

L. 2. Celui qui est dans l'erreur n'est point censé avouer, à moins que son erreur ne frappe sur un point de droit. (ULPIEN).

L. 4. Si celui contre lequel on intente l'action de la loi Aquilia avoue qu'il a tué l'esclave dont il s'agit au procès ; quand même il ne l'aurait pas tué, si l'esclave se trouve tué, il est obligé par son aveu. (PAUL).

[ARTICLE 1245.]

* *ff. Liv.* 22, *tit.* 3, *De probationibus*, *L.* 25, § 1. } § 1. Sin autem is qui indebitum quæritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel fortè vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agricultor, et forensium rerum expers, vel aliàs simplicitate gaudens, et desidiæ deditus : tunc eum qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas : et si non ostenderit, eas redhibere. (PAULUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 1. Mais si celui qui se plaint d'avoir payé une chose qu'il ne devait pas est un pupille ou un mineur, ou que cette action soit intentée par une femme, ou par un homme majeur à la vérité, mais attaché au service militaire, ou à la culture des terres, et par conséquent peu versé dans les affaires, ou simple d'ailleurs et négligent, ce sera à celui qui aura reçu la somme à prouver qu elle lui était bien et légitimement due : à faute de quoi il sera condamné à la rendre. (PAUL).

---

* *Menochius*, *De præsumpt.*, *Lib.* 2, *Præsumpt. LI*, *n°* 39, *p.* 212. } Est enim confessio, probatio certa et manifesta adversus confitentem aliarum probationum verior & potentior. *l. generaliter*, § *etsi quidem. C. de rebus cred. et jurejuran.* *et l. ult. C. de fideicommis.* & plura ad rem hanc congessi in commentariis de recuperanda possessione, *remed.* 1. *num.* 202. Hæc sententia multo magis procedit in confessione jurata, ut docuit Bal. ex illo textu *in l.* 3 *num.* 6. *C. si minor se major. dixerit.* cum scripsit, non admittere probationem in contrarium. Idem respondit Curt. Jun. *in consi.* 118. *num.* 6.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *oblig.*, n° 833. } 833. La preuve qui résulte de la confession contre celui qui l'a faite, n'est pas telle qu'elle ne puisse la détruire, en prouvant l'erreur qui y a donné lieu ; et en cela cette preuve est moindre que celle qui résulte de la présomption *juris et de*

jure, dont nous traiterons dans les sections suivantes, laquelle exclut toute preuve du contraire.

Si, par exemple, je vous ai demandé en justice une somme de 200 liv. que je prétendais avoir prêtée à votre père, duquel prêt je ne produisais pour toute preuve qu'une lettre "par laquelle votre père m'avait prié de lui faire ce prêt," et que, sur cette demande, vous soyez convenu me devoir cette somme, cette confession forme contre vous une preuve de cette dette ; et au lieu qu'avant cette confession, vous pouviez obtenir congé de ma demande sans rien prouver, en disant simplement "que vous n'aviez aucune connaissance du prêt, que la lettre par moi produite ne justifiait pas suffisamment;" au contraire, depuis votre confession, j'ai contre vous, par votre confession, unc preuve suffisante pour vous faire condamner à me payer cette somme ; à moins que, de votre part, vous ne rapportiez des preuves que le prêt n'a pas été fait, et que c'est par erreur que vous en êtes demeuré d'accord.

Comme si, par exemple, vous rapportiez ma lettre, par laquelle j'aurais répondu à votre père "que je ne pouvais pas lui faire le prêt qu'il me demandait," et que vous assurassiez ne l'avoir trouvée que depuis votre confession, l'erreur de votre confession étant justifiée par cette lettre, détruit cette confession, et la preuve qui en résultait; car, de même qu'un consentement formé par l'erreur, n'est pas un vrai consentement, suivant cette règle de droit : *Non videntur qui errant consentire* (L. 116, § 2, ff. *de Reg. jur.*) ; de même une confession à laquelle l'erreur a donné lieu n'est pas une vraie confession : *Non fatetur qui errat;* L. 2, ff. *de Confessis.*

Observez que l'erreur d'une confession ne peut être justifiée que par la preuve de quelque fait, dont la connaissance n'est survenue à celui qui l'a faite que depuis qu'il l'a faite, comme dans l'espèce ci-dessus rapportée ; mais celui qui a fait une confession ne peut la détruire en alléguant que c'est une ignorance de droit en laquelle il était lorsqu'il a fait la confession qui y a donné lieu ; car c'est sa faute de ne s'être pas fait instruire auparavant : c'est pourquoi la loi 2, ci-dessus

citée, après avoir dit: *Non fatetur qui errat*, ajoute, *nisi jus ignoravit.*

Cette distinction entre l'*erreur de droit* et l'*erreur de fait* paraîtra par l'exemple suivant :

Supposons qu'un mineur, en âge de tester, a légué une somme considérsble à son percepteur: l'héritier assigné est convenu devoir à ce percepteur la somme portée au testament.

Si, depuis, cet héritier a recouvré un codicile portant révocation du legs, sa confession à laquelle l'ignorance de ce codicile, qui est une erreur de fait, avait donné lieu, sera détruite: mais si le legs n'a pas été révoqué, et qu'il dise seulement que c'est par erreur qu'il est convenu devoir la somme portée au testament, parce qu'il ignorait alors la loi qui défend aux mineurs de léguer à leurs précepteurs cette erreur par lui alléguée, étant une erreur de droit, il ne sera pas écouté à la proposer ; et la preuve qui résulte de sa confession subsistera.

Il nous reste à observer que, lorsqu'un défendeur qui a confessé devoir la somme qui lui est demandée, veut prouver l'erreur de la confession ; si la preuve des faits par lesquels il veut justifier cette erreur, a besoin d'une longue discussion, le demandeur peut le faire condamner à payer provisionnellement la somme qu'il a confessé devoir ; car, jusqu'à ce qu'il ait fait la preuve de ces faits, la preuve qui résulte de sa confession, subsiste, et doit faire accorder la provision au demandeur.

---

* 10 *Toullier*, *Contrats*, *n*⁰ 308 *et s.* } 308. Car, en matière d'aveu, c'est un second principe dicté par la raison, que si celui qui a fait l'aveu découvre qu'il s'est trompé, il doit être admis à faire la preuve de son erreur, et que s'il y parvient, sa reconnaissance s'évanouit et perd toute sa force. Il en est de l'aveu comme du consentement ; s'il est fondé sur l'erreur, ce n'est point un consentement, ce n'est

point un aveu: *Loi* 116, *ff. de R. J. Non fatetur qui errat. Loi* 2, *ff. de confessis*, 42, 2.

309. Mais c'est à celui qui a fait l'aveu de prouver son erreur, et ses preuves doivent être claires, évidentes : *Evidentissimus probationibus, per aperta rerum argumenta;* car, dans le doute, l'erreur préjudicie à celui qui l'a commise: *In dubio, nocet error erranti.*

Les lois exigent même que les preuves en soient écrites, si l'aveu a été consigné par écrit.

310. Il faut encore remarquer que la loi exige que l'aveu soit la suite d'une erreur de fait, et non pas d'une erreur de droit. La preuve de l'erreur de fait est toujours admissible ; mais l'allégation d'une erreur de droit, pour détruire la force d'un aveu, n'est qu'un prétexte aux yeux de la loi. L'aveu ne peut donc *être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit*, dit l'art. 1356 du Code, conforme en ce point à la loi 2, *ff. de confes.* Après avoir établi que celui qui se trompe n'avoue pas, *non fatetur qui errat*, cette loi ajoute : *nisi jus ignoravit.*

C'est ici une exception au principe que l'erreur de droit annulle le consentement aussi bien que l'erreur de fait. Nous avons donné la raison de cette exception, tome 4, n° 74, c'est qu'il n'y a que l'erreur sur le motif déterminant, qui annulle le consentement, et qu'il est impossible de prouver que l'erreur de droit a été le motif déterminant de l'aveu. Un aveu peut avoir eu pour objet un fait ou une dette, dont la preuve n'existait pas ou était douteuse. Or, il est évident que l'aveu du fait ne peut être rétracté qu'en prouvant qu'il est faux, et par conséquent que l'aveu est fondé sur une erreur de fait; car l'erreur de droit ne peut avoir d'influence sur la réalité d'un fait.

Il en est autrement de l'aveu d'une dette fait par le débiteur. Cet aveu peut avoir pour motif une erreur de fait ou une erreur de droit.

Vous me demandez une somme de 1,200 fr. que vous prétendez due par la succession de mon père, et vous produisez

en preuve la lettre par laquelle il priait le vôtre de lui prêter cette somme. Je reconnais l'écriture et j'avoue la dette. Mon aveu imprudent fait une preuve complète, qui n'existait pas auparavant. Je trouve la réponse de votre père, contenant qu'il ne peut prêter la somme demandée. Cette réponse anéantit mon aveu, en prouvant qu'il n'a eu pour cause qu'une erreur de fait : *Non fatetur qui errat.*

Voici une espèce qui nous donne l'exemple d'une erreur de fait et d'une erreur de droit :

Je suis héritier de Caïus, et vous réclamez une somme qu'il vous a léguée par son testament. Je reconnais vous devoir cette somme ; mais, depuis ma reconnaissance. je découvre un second testament portant révocation du premier. Je puis révoquer ma reconnaissance et mon aveu, qui n'était fondé que sur l'ignorance d'un fait.

Si, au lieu d'une révocation qui m'était inconnue, je prétends rétracter mon aveu, en alléguant que j'ignorais que le testament était nul, soit par l'incapacité du testateur ou du légataire, soit par vice de forme, je ne dois pas être écouté ; car il est possible que ma reconnaissance ou mon aveu ait eu pour cause l'intention d'honorer la mémoire de mon père, en exécutant ses dernières volontés, qui me sont bien connues, quoique consignées en un acte nul. C'est une action ordinairement louable, souvent prescrite par la délicatesse. Il n'est donc pas prouvé que mon aveu soit le fruit d'une erreur de droit, et, dans le doute, l'erreur nuit à celui qui s'est trompé : *In dubio, error nocet erranti.*

Dans ces cas et autres semblables, il est impossible de prouver que mon aveu n'était fondé que sur une erreur de droit, et, par conséquent, il ne peut être révoqué.

C'est sur l'impossibilité de faire cette preuve, qu'est fondée la maxime que l'aveu ne peut être révoqué, comme le dit énergiquement l'art. 1356, *sous prétexte* d'une erreur de droit.

311. Cependant si l'on pouvait prouver que l'erreur de droit a été causée par le dol de l'adversaire *si dolus dederit*

causam confessioni, nul doute que la preuve d'un pareil dol ne fût admise, même par témoins.

---

* *C. N.* 1356. } L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait.

Il ne peut être divisé contre lui.

Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

SECTION VI.

DU SERMENT DES PARTIES.

1246. Une partie peut être examinée sous serment soit de la même manière qu'un témoin, ou par interrogatoires sur faits et articles, ou sous serment décisoire. Et le tribunal dans sa discrétion, peut examiner sous serment l'une et l'autre des parties pour compléter une preuve imparfaite.

SECTION VI.

OF THE OATHS OF PARTIES.

1246. A party may be examined under oath in like manner as a witness, or upon interrogatories on articulated facts or by decisory oath. And the court may, in its discretion, examine the parties or either of them in order to complete imperfect proof.

---

* *ff. Liv.* 12, *Tit.* 6, *De jurejurando*, *LL.* 1, 2. } *L.* 1. Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio : qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiæ. (Gaius).

L. 2. Jusjurandum speciem transactionis continet : majoremque habet auctoritatem, quàm res judicata. (PAULUS).

Ibidem. } *L.* 1. La religion du serment est un
Trad. de M. Hulot. } moyen utile et fort usité pour terminer les procès, soit qu'il soit déféré par les parties ou par le juge. (GAIUS).

L. 2. Le serment renferme une espèce de transaction, et a plus d'autorité que la chose jugée elle-même. (PAUL).

Cod. De reb. cred. et jurej. } 3. In bonæ fidei contractibus, nec
L. 4, *tit.* 1, *L.* 3. } non etiam in cæteris causis inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.

PP. 10 calend. septembr. Maximo II et Aquilino Coss. 226. (DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS.)

Ibidem. } 3. Il faut dans ce qui concerne les
Trad. de M. P. A. Tissot. } contrats de bonne foi, ainsi que les autres, l'affaire, au défaut de preuves, soit décidée par le serment déféré en connaissance de cause.

Fait le 10 des cal. de septemb. sous le 2e consul. de Maxime et le 1er d'Aquilinus. 226. (DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN.)

Voy. *Statuts R. B. C.*, ch. 82, cité sur arts. 1230 et 1235.

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, } 910. Il y a trois espèces princi-
n° 910. } pales de *serments* qui sont usitées dans les procès civils :

1° Le serment qu'une partie défère ou refère à l'autre, pour en faire dépendre la décision de la cause, et qui est pour cet effet appelé *serment décisoire ;*

2° Le serment que doit faire la partie qui est interrogée sur faits et articles ;

3° Le serment que le juge défère de son propre mouvement

à l'une des parties, soit pour décider la cause, soit pour fixer ou déterminer la quantité de la condamnation ; il est appelé *juramentum judiciale.*

---

§ 1. *Du serment décisoire.*

1247. Le serment décisoire peut être déféré par l'une ou l'autre des parties à son adversaire, dans toute instance sur laquelle les parties pourraient s'engager par leurs aveux ou par compromis et sans aucun commencement de preuve.

§ 1. *Of the decisory oath.*

1247. The decisory oath may be defered by either of the parties to the other, in any action in which the parties may legally bind themselves by admission or compromise, and without any commencement of proof.

---

* *ff. Liv.* 12, *Tit.* 6, *De jurejurando*, *L.* 34, § 6, 7. } § 6. Ait prætor : *Eum à quo jusjurandum petitur, solvere, aut jurare cogam.* Alterum itaque eligat reus, aut solvat, aut juret. Si non jurat, solvere cogendus erit à prætore.

§ 7. Datur autem et alia faculta reo, ut si malit, referat jusjurandum. Et si is qui petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei prætor non dabit : æquissimè enim hoc facit, cùm non deberet displicere conditio jurisjurandi ei qui detulit. Sed nec jusjurandum de calumnia referenti defertur : quia non est ferendus actor, si conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi jurari. (Ulpianus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 6. L'édit du préteur porte : " Lorsqu'on exigera le serment d'une partie, je la forcerai à le prêter, ou à payer l'objet de la demande ". Ainsi le défendeur doit choisir de prêter le serment ou de payer. S'il ne le prête pas, le préteur le forcera de payer.

§ 7. Le défendeur a encore une autre ressource : c'est de déférer, s'il l'aime mieux, le serment au demandeur. Si celui-

ci ne veut point accepter la condition qu'on lui offre, le préteur lui refusera l'action. Et cela est très juste : car celui qui défère le serment à son adversaire, ne peut avoir aucune raison de refuser de le prêter. Il ne peut pas même alors exiger que celui qui lui réfère l'affirmation prête le serment de la calomnie, parce que le demandeur a mauvaise grâce à exiger qu'on affirme que ce n'est pas par calomnie qu'on lui impose une condition qu'il avait imposée lui-même. (ULPIEN).

---

* *Cod. De reb. cred. et jurej., L.* 12, § 1. } § 1. Sed juramento illato, cùm hoc à partibus factum fuerit, et à judice approbatum, vel ex auctoritate judicis cuicunque parti illatum, si quidem is cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus : hoc præstetur, vel referatur : necessitate ei imponenda, cui jure refertur, relationis sacramentum subire : vel si hoc recusaverit, quasi illato sacramento præstito, causa vel capitulum decidatur, nullo loco provocationis relinquendo. Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in iis, quæ ipse facienda procuravit ? (JUSTINIANUS).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } § 1. Lorsque le serment a été déféré par les parties et approuvé par le juge, ou lorsque le juge lui-même de son autorité l'a déféré à l'une des parties, si celui à qui il a été déféré ne s'en est défendu par aucune raison, qu'il le prête ou qu'il s'y réfère, et on doit forcer celui à qui il a été référé de le prêter. S'il le refuse, que son adversaire soit censé l'avoir prêté, et que la cause ou l'incident dont il s'agit soit décidé sans appel ; car quelle croyance mérite celui qui appelle d'une sentence qu'il a provoquée lui-même ? (JUSTINIEN).

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig. n°* 911 *et s.* } 911. Le *serment décisoire* est, comme nous l'avons dit, celui qu'une partie défère ou réfère à l'autre, pour en faire dépendre la décision de la cause.

[ARTICLE 1247.]

§ Ier *Sur quelles choses peut-on déférer le serment décisoire?*

912. On peut déférer le serment décisoire sur quelque espèce de contestation que ce soit, et dans quelque espèce d'instance civile que ce soit, sur le possessoire comme sur le pétitoire, dans les causes sur une action personnelle, comme dans celles sur une action réelle: *Jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet;* L. 34, ff. *de Jurejur.*

On ne peut néanmoins déférer le serment que sur ce qui est du propre fait de la partie à qui on le défère.

Une partie n'est point obligée de le rendre sur ce qui est du fait d'une autre personne de qui elle est héritière, ou aux droits de laquelle elle est; car je ne puis ignorer mon propre fait: au lieu que je ne suis pas obligé de savoir ce qui est du fait d'un autre à qui j'ai succédé *Hæredi ejus cum quo contractum est, jusjurandum deferri non potest;* Paul, sent. 11, 1, 4.

Une personne qui me demande le paiement du prix d'une chose qu'elle prétend avoir vendue au défunt dont je suis l'héritier, ne peut donc pas me déférer le serment sur le fait de savoir si la chose a été vendue ou non au défunt; car ce n'est pas mon fait, c'est le fait du défunt, que je ne suis point obligé de savoir.

Mais l'usage parmi nous est, qu'en ce cas, on puisse me déférer le serment sur le fait de savoir si j'ai connaissance que le défunt dût la somme demandée; car, en ce cas, on ne me défère pas le serment sur le fait de la vente, qui est le fait du défunt, mais on me défère le serment sur le fait de la connaissance qu'on prétend que j'ai de la dette, qui est mon propre fait.

§ II. *En quel cas peut-on déférer le serment decisoire?*

913. Le demandeur peut déférer le serment au défendeur, toutes les fois que le demandeur croit n'avoir pas une preuve suffisante du fait qui sert de fondement à sa demande.

Pareillement, le defendeur peut déférer le serment au

demandeur, lorsqu'il n'a pas la preuve du fait qui sert de fondement aux défenses qu'il doit proposer contre la demande.

Ce serment peut être déféré avant comme depuis la contestation en cause, en cause d'appel comme en première instance.

C'est une question qui a été controversée entre les docteurs, de savoir s'il faut quelque commencement de preuve pour que le demandeur soit reçu à déférer le serment ; ou s'il doit y être reçu, quoiqu'il n'ait pas le moindre commencement de preuve de sa demande ?

La Glosse, *eâd.* L. 3, Cod *de Reg. ered.*, Barthole, Balde, et plusieurs autres docteurs cités par Mascardus, *de Probat. concl.*, 957, exigent quelque commencement de preuve.

Les raisons qu'ils allèguent pour cette opinion, sont :

1° Que c'est un principe général de droit, " que le défendeur doit avoir congé d'une demande qui n'est pas prouvée, sans être tenu à rien pour obtenir ce congé " : *Actore non probante, qui convenitur, et si nihil ipse præstet, obtinebit*, L. 4, Cod. *de Edend.*

Donc, dit-on, le défendeur ne doit pas être tenu, pour obtenir le congé d'une demande dont il n'y a aucun commencement de preuve, de rendre son serment ; et le demandeur ne doit pas être reçu à le lui déférer, puisque la loi dit qu'il n'est tenu à rien, *et si nihil ipse præstet.*

2° C'est encore un principe de droit, " que le demandeur doit fournir de sa part les preuves de sa demande, et que ce n'est pas au défendeur à les lui fournir contre soi " : *Intelligitis quod intentionis vestræ proprias adferre debetis probationes, non adversùs se ab adversariis adduci;* L. 7, Cod. *de Test.* Donc, dit-on, le demandeur qui n'a apporté aucune preuve de sa demande, ne doit pas être admis à se la procurer, en déférant le serment au défendeur.

3° On dit qu'on ne doit pas, sans aucun sujet, être reçu à intenter une affaire à quelqu'un, et lui causer l'embarras de rendre une affirmation que des personnes timorées se font souvent une peine de rendre, même sur des choses dont elles croient être les plus certaines. On prétend tirer aussi quelque

argument de la loi 31, ff. *de Jurej.* des lois 11 et 12, Cod. *de Reb cred.*

L'opinion contraire, "qu'un demandeur n'a besoin d'aucun commencement de preuve, pour être reçu à déférer le serment au défendeur," est plus véritable, et elle a été embrassée par Cujas, *Observ.* XXII, 28, Duaren, Doneau, Fachinée, et par plusieurs autres; c'est aussi celle de Vinnius, qui a parfaitement traité la question, *Select. quæst.* 1, 42, et que nous ne faisons que copier ici.

Les raisons sur lesquelles elle est établie, sont:

1° Qu'on ne doit point exiger du demandeur ce que la loi qui a établi l'usage du serment décisoire n'a pas exigé de lui: or l'édit du prêteur qui a établi ce droit, n'exige point du tout que le demandeur ait quelque commencement de preuve de sa demande; il dit indistinctement: *Eum à quo jusjurandum petitur, jurare aut solvere cogam;* L. 34, § 6, ff. *de Jurejur.*

2° Il peut arriver très souvent qu'une demande dont il n'y a aucun commencement de preuve, ne laisse pas d'être en elle-même très juste.

Par exemple, j'ai prêté à un ami une somme d'argent sans en retirer aucun billet. La demande que je lui fais pour la restitution de cette somme ne laisse pas d'être juste en elle-même, quoique je n'aie aucun commencement de preuve du prêt qui en est le fondement.

Le juge ne doit négliger aucun des moyens qui se présentent pour découvrir la vérité, et pour parvenir à rendre la justice à qui elle appartient. Je lui en présente un, en déférant le serment au défendeur; car, s'il refuse d'affirmer que je ne lui ai fait aucun prêt, ou qu'il me l'a rendu, son refus qu'il fera de rendre son affirmation sera un aveu tacite de la dette.

Le juge doit donc saisir ce moyen de découvrir la vérité, et m'admettre à déférer le serment au défendeur, quoique je n'aie aucun commencement de preuve de ma demande; le refus que j'espère que le défendeur fera de son affirmation, pouvant faire par lui-même une preuve complète de la dette,

et du tort qu'il a eu d'en refuser le paiement: *Manifest turpitudinis et confessionis est, nolle jurare;* L. 38, ff. *de Jurej.*

3° Cette opinion s'établit encore par des textes formels du droit : il est dit en la loi 12, Cod. *de Reb. cred.*, que ce serment peut être déféré, même dès le commencement de la cause, *in principio litis*, et par conséquent avant même que le demandeur ait fourni aucune preuve.

La loi 35, ff. *de Jurej.*, s'exprime encore en termes plus formels; elle dit qu'on peut déférer le serment, *omnibus aliis probationibus deficientibus.*

A l'égard des raisons ci-dessus rapportées pour la première opinion, elles sont des plus frivoles, et il est facile d'y répondre.

Lorsqu'il est dit "que le défendeur doit obtenir le congé d'une demande qui n'est pas prouvée, sans qu'il soit tenu à rien pour obtenir ce congé, *eliamsi nihil ipse præstet;*" cela ne signifie autre chose, sinon qu'il n'a besoin, pour obtenir ce congé, de produire de sa part aucun titre ni aucun témoin; mais cela ne signifie point du tout qu'il ne soit point tenu de rendre son serment lorsqu'il lui est déféré.

Quant à ce qui est dit dans la loi 7, Cod. *de Test.*, "que le défendeur ne doit pas être obligé à fournir des preuves contre lui-même," cela ne s'applique qu'à ce qui est dit au commencement de cette loi, "que le défendeur ne doit pas être obligé à produire des témoins ou des titres contre lui-même : *Nimis grave est quod petitis, urgeri partem diversam ad exhibitionem eorum per quos sibi negotium fiat;*" mais cela n'a aucune application à la délation du serment; une partie ne peut se plaindre qu'on agisse trop durement avec elle, lorsque par le serment qui lui est déféré on la rend elle-même juge de sa propre cause.

A l'égard de ce que l'on dit, "qu'il y a de l'inconvenient qu'une personne, sans aucun sujet, sans aucun commencement de preuve, puisse nous causer l'embarras de rendre notre affirmation," je réponds qu'on ne peut pas parer à tous les inconvénients: l'embarras de fournir un procès est un

bien plus grand embarras que celui de rendre une affirmation, puisqu'on peut mettre une fin prompte à celui-ci, en rendant l'affirmation demandée.

Néanmoins une personne peut, sans aucun sujet, en formant contre moi une demande entièrement dénuée de preuves, me causer l'embarras d'entrer en procès : pourquoi ne pourra-t-on pas également me causer l'embarras de rendre mon serment en le déférant ?

Les Romains avaient établi une espèce de remède à ces inconvenients, par le serment que les parties étaient obligées de rendre avant la plaidoirie de la cause " que c'était de bonne foi qu'elles soutenaient le procès ; " et par celui que la partie qui déférait le serment, était pareillement obligée de rendre " qu'elle le déférait de bonne foi, dans la seule vue de faire connaître la vérité, et sans aucune vue de vexer la partie à qui elle le déférait" : c'est ce qu'on appelait *juramentum de calumniâ.*

Ces serments ne sont pas d'usage parmi nous.

A l'égard des lois alléguées pour la première opinion, il n'en résulte rien : il n'est question dans la loi 31 que du *serment supplétoire* qui se défère par le juge, et nullement du *serment décisoire.*

Il résulte bien de la loi 12, qu'il peut être question entre les parties " si le serment a été bien ou mal déféré ; " mais cette question concerne ou la nature du fait sur lequel il a été déféré, ou la qualité de la partie qui le défère, ou de celle à qui il est déféré ; et il ne concerne nullement le point de savoir " si le demandeur a un commencement de preuve," cela est indifférent.

§ III. *Des personnes qui peuvent, et à qui l'on peut déférer le serment.*

914. Comme on fait dépendre de ce serment la décision de la contestation et du droit des parties, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs droits qui puissent déférer ce serment, et auxquels il puisse être déféré.

C'est pourquoi un mineur ne peut pas, sans l'autorité de son tuteur, déférer ce serment (L. 17, § 1, ff. *de Jurej.*), et on ne peut pas le lui déférer ; L. 34, § 2, ff. *eod tit.*

Suivant ce principe, un homme insolvable ne peut pas, en fraude de ses créanciers, déférer le serment à son débiteur, sur ce qui lui est dû ; car il ne peut pas disposer de ses droits en fraude de ses créanciers.

C'est pourquoi ses créanciers, sans avoir égard au serment rendu par ce débiteur de leur débiteur, peuvent saisir et arrêter ce qu'il doit; et en justifiant la dette, faire condamner au paiement ce débiteur de leur débiteur.

Quelques docteurs ont soutenu que celui à qui le serment ne pouvait pas être référé, parce que le fait est un fait qui n'est pas son propre fait, et dont il n'a pas connaissance, n'est pas recevable à déférer le serment à sa partie adverse, quoique ce soit le propre fait de cette partie.

C'est l'avis de Natta, *cons.* 35. Il se fonde sur la loi 34, ff. *de Jurejur.*, où il est dit "que celui à qui le serment est déféré, ne peut pas se plaindre qu'on lui fasse tort en cela, puisqu'il peut le référer" : *De injuriâ queri non potest, cùm possit jusjurandum referre.*

Donc, dit-il, par argument *à contrario*, celui à qui le serment est déféré n'est pas obligé d'accepter la condition, dans le cas auquel il ne peut pas le référer.

Cette conséquence ne vaut rien ; car cette raison, rapportée en la loi 34, *quum possit jusjurandum referre*, n'est qu'une raison de plus pour laquelle celui à qui le serment est déféré ne peut se plaindre; la principale raison qui est apportée ailleurs, et qui seule suffit, est que personne ne peut se plaindre qu'on le fasse juge dans sa propre cause.

Le sentiment contraire, qui est celui de Fachinée, de Cravetta et des autres docteurs par lui cités, est fondé sur des raisons plus solides.

Nous ne devons pas exiger de celui qui défère le serment, ce qu'aucune loi n'exige de lui : or il n'y a aucune loi qui

exige que celui qui défère le serment soit tel qu'on puisse le lui référer.

Au contraire, la loi 17, § 2, permet expressément à un tuteur et à un curateur de déférer le serment dans les causes qu'ils soutiennent en cette qualité, quoiqu'on ne puisse pas le leur référer, puisque la cause du pupille ou de l'interdit n'est pas le propre fait de ce tuteur ou curateur.

Un procureur ne peut déférer le serment, à moins qu'il n'ait un pouvoir spécial, ou qu'il ne soit un procureur *universorum bonorum*, c'est-à-dire, qu'il n'ait un pouvoir général d'administrer ; L. 17, § 3.

Le syndic d'un corps ne le peut sans un pouvoir spécial ; L. 34, § 1.

On ne peut le déférer à ces personnes, parce que ce serait le leur déférer sur quelque chose qui n'est pas de leur propre fait ; L. 34, § 3, ff. *hoc tit.*

§ IV. *De l'effet du serment déféré, référé, fait ou refusé.*

915. Celui à qui le serment a été déféré doit faire le serment, ou le référer à celui qui le lui a déféré : s'il ne fait ni l'un ni l'autre, il doit perdre sa cause : *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle jurare, nec jusjurandum referre ;* L. 38, ff. *eod. tit.*

Si la chose sur laquelle le serment a été déféré n'est pas du fait des deux parties, mais seulement de celle à qui il a été déféré, elle n'aura pas le choix de le référer, et elle sera tenue précisément de rendre son serment, à peine de perte de sa cause.

Si la partie fait le serment qui lui a été déféré, il résultera de son serment une présomption *juris et de jure*, de la vérité de la chose sur laquelle le serment lui aura été déféré et qu'il aura confirmée, contre laquelle aucune preuve contraire ne pourra être reçue, suivant que nous l'avons déjà observé en la section seconde.

Si elle réfère le serment, la partie à qui elle l'aura référé sera précisément tenue de rendre son affirmation, faute de

quoi elle doit perdre sa cause : si elle rend son affirmation, ce qu'elle aura affirmé sera pareillement tenu pour avéré, sans qu'on puisse admettte aucune preuve du contraire.

Tout ceci est renfermé en la loi 34, § *fin.*, ff. *de Jurej.*

Lorsque c'est au défendeur que le serment a été déféré ou référé, le serment qu'il a fait, "qu'il ne devait pas ce qui lui était demandé," lui donne, contre la demande, l'exception *jurisjurandi*, qui doit lui en faire donner congé avec dépens.

Cette exception étant fondée sur une présomption *juris et de jure*, elle exclut le demandeur d'être écouté à offrir la preuve que la partie a rendu son sérment de mauvaise foi, et s'est parjurée.

C'est ce que nous enseigne Julien : *Adversùs exceptionem jurisjurandi, replicatio doli mali non debet dari, quum prætor id agere debet ne de jurejurando quæratur ;* L. 15, ff. *de Except.*

Il n'y serait pas écouté, quand même il offrirait de faire cette preuve par des pièces nouvellement recouvrées : en cela le serment décisoire déféré ou référé par la partie, a plus de force que le serment supplétoire, dont nous traiterons *infrà*, art. 3.

Gaius, en la loi 31, ff. *de Jurej.*, observe cette différence.

Lorsque c'est au demandeur que le serment a été déféré ou référé, le serment qu'il a fait "que la chose qu'il a demandée lui était due ou lui appartenait," lui donnait, dans le droit romain, une action *in factum*, *ad instar* de l'action *judicati*, pour en obtenir la condamnation (L. 8, Cod. *de Reb. cred.*), sur laquelle action il n'était question que de savoir si le serment avait été régulièrement rendu, sans que la partie qui lui avait déféré ou référé le serment, pût être écoutée à proposer aucunes défenses au principal : *In quâ (actione) hoc solum quæritur an juraverit dari se oportere;* L. 9, § 1, *de Jurej.*—*Dato jurejurando non aliud quæritur, quàm an juratum sit ; remissâ quæstione an debeatur ;* L. 5, § 2, ff. *eod. tit.*

Parmi nous, le demandeur qui a fait ce serment peut poursuivre l'abjudication des conclusions de sa demande avec dépens, sans être tenu d'en apporter d'autres preuves, et sans

que la partie qui lui a déféré ou référé le serment, puisse être écoutée à proposer aucunes défenses.

Cet effet du serment est une conséquence de ce principe du droit naturel : *Quid tam congruum fidei humanæ quàm ea quæ inter eos placuerunt servare?* L. 1, ff. *de Pact.*

En effet, lorsqu'une des parties défère à l'autre le serment sur ce qui fait l'objet de la contestation qu'elles ont ensemble, pour en faire dépendre la décision, et que celle des parties à qui le serment est déféré accepté la condition, et en conséquence rend son affirmation, ou déclare être prête à la rendre, il en résulte une convention par laquelle ces parties conviennent de s'en tenir à ce que la partie aura affirmé ; de laquelle convention naît une obligation qui contraint la partie qui défère le serment de s'en tenir à ce qui aura été affirmé, ce qui l'exclut de pouvoir demander à faire aucune preuve du contraire.

Comme la convention ne se forme et ne produit d'obligation que par le concours des volontés des deux parties, il suit de là que celui qui a déféré le serment à sa partie, peut signifier une révocation de cette délation du serment, tant que la partie à qui il l'a déféré n'a pas encore accepté la condition en rendant son affirmation, ou du moins en déclarant qu'elle était prête à la rendre ; L. 11, Cod. *de Rer. cr. et jurej.*

Observez que, quand il l'a révoqué, il ne peut plus le déférer une seconde fois, *eâd.* L. 11.

Lorsque la partie à qui j'ai déféré le serment a accepté la condition, et déclaré qu'elle était prête à le rendre, je ne puis plus révoquer la délation du serment, mais je puis la décharger de rendre son affirmation ; et en ce cas, la chose sur laquelle elle était prête à la rendre sera tenue pour avérée, comme si elle l'avait rendue ; L. 9, § 1, ff. *de Jur.*

916. Du principe que nous avons établi, "que le serment décisoire tire son effet de la convention que renferme la délation du serment entre celui qui l'a déféré et celui à qui il a été déféré," il suit encore que, de même qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard de la chose qui a fait l'objet de la con-

vention, et qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers (*Animadvertendum est ne conventio in aliâ re factâ, aut cum aliâ personâ, in reliâ re, aliâve personâ noceat*, L. 27, § 4, ff. *de Pact.*), de même aussi le serment décisoire ne peut avoir l'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle le serment a été déféré.

Pour savoir si ce qu'on demande est la même chose sur laquelle le serment a été déféré, et qui a été terminée par ce serment, on peut appliquer toutes les règles que nous avons établies en la section précédente, art. 4, pour savoir quand ce qui est demandé, doit être censé la même chose que ce qui a été décidé par le jugement intervenu entre les parties.

Le serment pareillement ne doit avoir d'effet, ni faire tenir pour avéré le fait sur lequel la partie a rendu son affirmation, que vis-à-vis de celle qui le lui a déféré, et vis-à-vis de ses héritiers et autres qui auraient succédé à ses droits; mais il n'a aucun effet vis-à-vis des tiers: *Jus jurandum alteri nec nocet, nec prodest;* L. 3, § 3, ff. *de Jurejur.*

C'est pourquoi si l'un des héritiers d'un défunt m'a assigné pour lui payer sa part d'une somme qu'il prétendait que je devais au défunt, qu'il m'ait déféré le serment sur la vérité de cette dette, et que j'aie rendu mon affirmation " que je ne dois rien au défunt," ce serment exclura bien cet héritier de me demander cette somme, mais il n'exclura pas son cohéritier de me demander sa part de cette somme ; et s'il rapporte la preuve que je dois effectivement cette somme au défunt, je serai condamné à lui payer sa part, nonobstant le serment que j'ai fait *que je ne devais rien;* car ce serment n'a d'effet que vis-à-vis de celui qui me l'a déféré, et non vis-à-vis de son cohéritier.

917. Néanmoins si l'un de deux créanciers solidaires m'avait déféré le serment, et que j'eusse affirmé ne rien devoir, ce serment exclurait aussi son co creancier; L. 28, ff. *de Jurejur.*

Il y en a une raison particulière ; c'est que le paiement qui est fait d'une créance solidaire à l'un des créanciers soli-

daires, décharge le débiteur envers tous les autres: or, le serment qu'à fait le débiteur, *qu'il ne devait rien*, équipolle à un paiement qu'il aurait fait à celui qui lui défère le serment; *nam jusjurandum loco solutionis cedit* (L. 27): par conséquent il doit le décharger envers tous.

918. De même que le serment décisoire ne fait preuve que contre celui qui l'a déféré, il n'en fait non plus qu'en faveur de celui à qui il a été déféré et qui a fait le serment, ou à qui il a été remis; L. 3, § 3, ff. *de Jurejur.*

Néanmoins si mon débiteur à qui j'ai déféré le serment a juré ne me rien devoir, je ne pourrai rien demander à ses cautions; car mon débiteur qui a fait ce serment a intérêt que je ne demande rien à ses cautions qui auraient recours contre lui, si elles étaient obligées de me payer quelque chose; et c'est lui demander indirectement que de demander à ses cautions; L. 28, § 1, ff. *de Jurejur.*

Quid, vice versâ, si j'avais déféré le serment à la caution, et qu'elle eût juré qu'il n'est rien dû?

La loi ci-dessus citée décide que ce serment profitera au débiteur principal, parce qu'il tient lieu de paiement (*eâd.* L. 27), et que le paiement fait par la caution libère le débiteur principal.

Par la même raison, le serment déféré à l'un des codébiteurs solidaires profite à tous les autres.

Ces décisions ont lieu, pourvu que *de re et non de personâ jurantis juratum sit;* car, si la caution a juré seulement qu'*elle n'avait pas contracté de cautionnement*, le débiteur principal n'en peut tirer avantage; L. 28, § 1; L. 42, § 1, ff. *de Jurejur.*

Pareillement, si l'un des débiteurs solidaires a juré qu'*il n'a pas contracté l'obligation*, ses codébiteurs n'en peuvent tirer avantage.

Du principe " que le serment décisoire tire son effet et son autorité de la convention que renferme la délation de ce serment," on peut encore tirer cette conséquence, que, si la partie qui l'a déféré a quelque juste cause de restitution

contre la convention par laquelle elle a déféré le serment à l'autre partie, elle peut, en se faisant restituer contre cette convention, faire tomber ce serment.

Le dol étant une cause de restitution contre toutes les conventions ; si je puis prouver que c'est par un dol de votre part que vous m'avez engagé à vous déférer le serment, je puis, sur l'appel du jugement rendu à votre profit, en conséquence de votre serment, ou, si ce jugement est en dernier ressort, sur la requête civile contre ce jugement, prendre des lettres de rescision par lesquelles, sans avoir égard à l'acte par lequel je vous ai déféré le serment, ni à ce qui a suivi, les mêmes parties seront remises au même état qu'elles étaient avant le dit acte.

On peut apporter pour exemple de dol, la soustraction que vous m'auriez faite du titre qui établit la créance d'une certaine somme que j'ai contre vous.

Si, sur la demande que je vous ai faite de cette somme, n'ayant pas mon titre, je vous ai déféré le serment sur la vérité de ma créance ; comme c'est, en ce cas, la soustraction que vous avez faite de mon titre, et par conséquent votre dol, qui m'a engagé à vous déferer le serment, je puis, si je viens à avoir la preuve de cette soustraction, me faire restituer contre l'acte par lequel je vous ai déféré le serment, comme ayant été engagé par votre dol à vous le deférer.

Cette décision n'est pas contraire à celle de la loi 15, *de Except.*, ci-dessus rapportée, n° 915, qui dit qu'*adversùs exceptionem jurisjurandi non debet dari repticatio doli mati:* car le dol dont il est parlé dans cette loi, n'est autre chose que le parjure que celui qui vous a déféré le serment prétendrait que vous auriez commis, en jurant, contre la vérité, ne pas devoir la somme demandée.

Celui qui vous a déféré le serment, n'est pas reçu à prouver ce parjure par le rapport des titres les plus décisifs, quoique nouvellement recouvrés ; parce que le serment opère une présomption *juris et de jure*, qui fait réputer pour vrai ce que vous avez juré, et exclut toute preuve du contraire.

C'est pourquoi lorsque vous avez juré ne rien devoir, il ne peut plus y avoir lieu à la question *an debeatur;* L. 5, § 2, ff. *de Jurej.*

Mais comme le serment n'a cette autorité qu'autant qu'il a été valablement fait, et valablement déféré, il peut y avoir lieu à la question, " si le serment a été valablement fait, et valablement déféré; *Quæritur an juratum sit*, § 2"; et celui qui l'a déféré, pour prouver qu'il n'a pas été valablement déféré, est reçu à prouver votre dol, c'est-à-dire les manœuvres que vous avez employées pour le réduire à vous le déférer, tel qu'est le vol ou la soustraction que vous lui auriez faite de son titre de créance.

La minorité étant une cause de restitution, les mineurs peuvent être quelquefois reçus à se faire restituer contre l'acte par lequel les dits mineurs, assistés de leur curateur, ou leurs tuteurs pour eux, auraient déféré le serment à la partie avec laquelle ils étaient en procès; mais ils ne doivent pas y être reçus indistinctement. Ils ne doivent pas l'être, lorsque n'ayant pas, au moment où ils ont déféré le serment à leur partie, une preuve suffisante du fait sur lequel ils l'ont déféré, ils n'ont fait, en le déférant, que ce qu'aurait fait en pareil cas une personne prudente.

C'est ce que nous enseigne Ulpien: *Si minor detulerit, et hoc ipso captum se dica, adversiùs exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut Pomponius ait: Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed prætorem debere cognoscere an captus sit, et sic in integrum restituere; nec enim utique qui minor est, statim se captum docuit;* L. 9, § 4, *de Jurej.*

---

3 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 608. } Le demandeur et le défendeur, dans tous les cas où l'un ou l'autre a le droit ou l'obligation d'administrer une preuve, peuvent, au lieu de faire cette preuve, déférer le serment à

leur partie adverse sur le fait en litige (1). Le serment que prête ensuite la partie à laquelle il est déféré, ou la partie qui l'a déféré et à laquelle il est référé (2), *jurejurando relato*, est une sorte de transaction qui décide le litige existant entre les parties à l'occasion du fait sur lequel le serment a été prêté, transaction à laquelle une partie peut contraindre l'autre. Cette transaction tient lieu, pour le juge, de la preuve qui devrait autrement être administrée au sujet du fait litigieux, et elle peut, à cet égard, généralement suppléer à tout autre moyen de preuve (3).

Pour que le serment puisse être déféré, il faut que l'action ou l'exception à laquelle se rapporte le fait qui doit être constaté par le serment soit recevable (4). De même, le ser-

(1) [C'est-à-dire que le demandeur peut déférer le serment pour se décharger de l'obligation de faire la preuve de sa demande, et le défendeur pour se décharger de l'obligation de faire la preuve de son exception.] (Note de MM. Massé et VERGÉ.)

(2) [Le serment deféré est celui que la partie qui veut se décharger de l'obligation de prouver met son adversaire en demeure de faire; le serment référé est celui que cet adversaire mis en demeure de le prêter renvoie à son adversaire en le mettant lui-même en demeure de prêter le serment contraire. V. *inf.*, notes 22 et s.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Toute la théorie du serment décisoire peut être ramenée à ces deux principes: *Jusjurandum litis decisorium est instar transactionis; est instar probationis.* V. Pothier, *Oblig.*, n. 822; Favard, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 3; [Bonnier, n. 299 et s.; Marcadé, sur l'art. 1338.—*Speciem transactionis continet*, L. 2, Dig., *De Juregur*.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(4) Ainsi le serment ne peut être déféré sur l'existence d'une donation imparfaite dans sa forme, sur une dette de jeu, et en général sur une action à laquelle une exception péremptoire est opposée. Duranton, 13, n. 574. [Il suit de là que le serment ne peut être déféré pour détruire l'effet d'une prescription acquise qui constitue une présomption légale d'acquisition ou de libération. S'il en est autrement, relativement à quelques prescriptions courtes, c'est en vertu d'une exception spéciale et dérogatoire au droit commun, art. 2275; Marcadé, sur l'art. 1338.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

ment ne peut être déféré que sur des faits qu'il est permis de prouver (1).

Le serment peut être déféré par une partie à l'autre (2), mais non par un tiers aux parties, ni par les parties à un tiers (3).

Le demandeur, comme le défendeur, n'est autorisé à déférer le serment à la partie adverse qu'autant qu'il est juri-

(1) Ainsi il ne peut être déféré contre une présomption *juris et de jure*, Favard, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 6. [V. la note qui précède.—Le serment ne peut, par conséquent, être déféré contre l'autorité de la chose jugée, Turin, 15 juill. 1806; Cass., 2 août 1822.]—Il est généralement admis que le serment peut être déféré sur les faits illicites ou honteux, ou sur les faits constituant des délits ou des quasi-délits. V. Turin, 13 avril 1808; Bruxelles, 1er fév. 1809; Pau, 3 déc. 1829; et Cass., 20 janv. 1843, S. V., 43, 1, 659. Nous avouons cependant que nous aurions de la peine à nous ranger à cette opinion qui place celui à qui le serment est déféré en présence d'un blâme ou d'un déshonneur public, s'il ne se parjure pas.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Un mandataire a besoin d'un pouvoir spécial pour déférer comme pour recevoir le serment, Cass., 27 avril 1831, S. V., 31, 194; [Duranton, 13, n. 587.—Un avoué même ne peut, sans un pouvoir spécial de son client, déférer le serment décisoire à la partie adverse; et non-seulement l'avoué qui, sans pouvoirs, défère le serment s'expose à être désavoué par son client, mais encore la partie à laquelle le serment est déféré peut se refuser à le prêter tant que l'avoué ne justifie pas de pouvoirs suffisants, Bordeaux, 30 juill. 1829; Nîmes, 12 janv. 1848, S. V., 48, 2, 393; Pothier, *Oblig.*, n. 915; Toullier, 10, n 375; Duranton, 13, n. 587.—Le serment peut être déféré à un être collectif, tel qu'une société, et il doit alors être prêté par celui des associés qui est en cause, à moins qu'il ne s'agisse d'un fait personnel à l'un des associés. Mais quand il s'agit d'un fait social, non-seulement chaque associé, représentant la société, peut jurer pour elle, mais encore le serment prêté par l'un des associés profite à tous les autres, Massé, 6, n. 233; Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de comm.*, 1, n. 344.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Par exemple, dans une instance suivie contre une femme mariée, le serment ne peut être déféré à son mari, qui n'est en cause que pour l'autoriser. Angers, 28 janvier 1825. V. aussi Bruxelles, 20 janv. 1807. (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

diquement capable de transiger ; et il faut avoir la même capacité pour pouvoir accepter ou référer le serment (1), V. art. 467, 1125 et 1987 ; Pr., art. 362.

Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, art. 1358 ; il n'y a d'exception que pour celles qui ne peuvent faire l'objet d'une transaction. Ainsi, par exemple, dans une instance en séparation de corps, le serment ne peut être déféré sur les faits qui servent de fondement à la demande ; il en serait de même dans une instance en validité de mariage, quand l'une des parties prétend établir qu'elle est mariée avec l'autre. Mais celui qui conteste à la partie adverse la qualité d'époux d'un tiers peut, sans contredit, lui déférer le serment sur ce point. Il en est de même de celui qui prétend que la reconnaissance d'une dette a une cause illicite.

L'admissibilité du serment ne dépend pas de la nature de la preuve à laquelle il conviendrait de recourir dans l'espèce, à défaut de ce serment, ou de la preuve contre laquelle est dirigé le serment. Ainsi, par exemple, le serment peut être déféré quoique l'objet du litige dépasse la valeur de 150 francs, et sans que dans ce cas la partie qui le défère ait besoin d'avoir un commencement de preuve par écrit, art. 1360 ; le serment peut également être déféré contre le contenu d'un acte authentique ou sous signature privée (2) ; et même

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 821 : Pigeau, 1, p. 242 ; Toullier, 10, n. 375 et s. ; Duranton, 13, n. 581 et s. [Ainsi le serment ne peut être ni déféré ni accepté par des syndics de faillite, ou par un tuteur, dans les cas où les uns et les autres n'ont pas été autorisés à transiger, lorsque cette autorisation est nécessaire, Paris, 20 fév. 1844, S. V., 44, 2, 638 ; Delvincourt, 1, p. 460 ; Carré, n. 515 ; Duranton, 13, n. 582 ; Rolland de Villargues, v° *Serment*, n. 13 ; Marcadé, sur l'art. 1558. V. cependant Toullier, 2, n. 375 ; Freminville, *Minorités*, 2, n. 779.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 820 ; Maleville, sur les art. 1358 et 1360 ; Toullier, 10, n. 380 ; [Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de Comm.*, 1, n. 342 ; Massé, 6, n. 232 ;] Turin, 10 nivôse an XIV ; Grenoble, 11 juill. 1806 ; Cass., 2 fév. 1819. Cependant le serment ne peut être déféré contre la teneur d'un

sur la vérité des faits dont un témoin a déposé dans une enquête (1).

De même que le serment, d'après sa nature, c'est-à-dire comme constituant par lui-même un moyen de preuve, ne peut s'appliquer qu'à des faits qui influent directement sur la décision du procés (2), de même aussi il ne peut avoir pour

acte authentique, si les faits sur lesquels le serment est déféré sont contraires à ceux que le notaire certifie comme s'étant passés devant lui, Delvincourt, sur l'art. 1358; Duranton, 13, n. 879. [Mais cette distinction ne nous paraît pas admissible. Aux termes de l'art. 1358, le serment décisoire peut être déféré sur quelque contestation que ce soit; or, si l'on admettait la distinction proposée, il en résulterait que lorsqu'un acte authentique est contesté, le serment ne serait admis que contre celles de ses énonciations qui ne feraient pas preuve jusqu'à inscription de faux, ce qui serait appporter une restriction arbitraire à la faculté établie par l'art. 1358.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Toullier, 10, n. 381.—Le serment peut aussi être déféré sur l'existence de la convention résultant d'un acte sous seing privé dans lequel n'ont pas été observées les dispositions des art. 1325 et 1326, Duranton, *Des contrats*, 4, 1279 et s. (Note de MM. MM. Massé et Vergé.)

(2)]En d'autres termes, le serment décisoire doit porter sur des faits décisifs] Si les faits n'ont pas ce caractère, le juge doit déclarer qu'il n'y a pas lieu de déférer le serment, Cass., 15 fév. 1832, S. V., 32, 1, 750; 6 mai 1834, S. V. 34, 1, 756. Si, au contraire, ils ont le caractère de faits décisifs, il n'est pas au pouvoir du juge de se refuser à ordonner le serment. Il y a cependant en sens contraire des arrêts dont il est difficile de justifier la doctrine. [Il est certain que le point de savoir si le fait sur lequel le serment est déféré est décisif, ou n'est pas décisif, est abandonné à l'appréciation souveraine des tribunaux, Cass., 5 mai 1852, S. V., 52, 1, 302. Mais c'est une question fort délicate que celle de savoir si, bien qu'un fait soit reconnu décisif, les tribunaux peuvent, selon les circonstances, refuser d'ordonner le serment décisoire. L'affirmative a été décidée par plusieurs arrêts, V. Cass., 23 avril 1829; Bourges, 19 janv. 1830; Limoges, 10 mai 1845, S. V., 46, 2, 73. Mais tous les auteurs, sauf Toullier, 10, n. 404, se sont prononcés dans le sens de la négative. V. Boncenne, *Procéd.*, 2, p. 494; Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Serment*, n. 40; Bonnier, n. 302; Marcadé, sur l'art. 1358; et Devilleneuve, S. V., 38, 1, 835. Bien qu'il semble résulter des art. 1358 et s. que le droit de

objet que des faits personnels à la partie à laquelle il est déféré (1), art. 1359. Néanmoins le serment peut être déféré aux héritiers et ayants-cause du débiteur, sur le point de savoir s'ils n'auraient pas connaissance de tel ou tel fait personnel à leur auteur (2). V. art. 2275; Com., art. 189.

la partie de déférer le serment est absolu et ne dépend pas de l'agrément du juge, toutefois les termes de ces articles ne nous paraissent pas assez positifs en ce sens, pour qu'on doive en conclure que dans ce cas spécial le juge cesse d'être le maître d'ordonner ou de ne pas ordonner les voies d'instruction requises, selon qu'elles lui paraissent utiles ou inutiles, selon les convenances de l'affaire, et aussi selon les avantages et les inconvénients qu'elles doivent avoir. Sans doute, le serment est une sorte de transaction, mais c'est une transaction forcée; et sous ce rapport on ne saurait réduire le juge au rôle de simple spectateur et de ministre obligé des exigences d'une partie envers l'autre. Ces considérations nous paraissent avoir d'autant plus de force que le serment n'est pas un acte ordinaire; qu'il entreprend sur la conscience et sur le for intérieur; et que dans l'intérêt de la morale publique il est bon que les tribunaux puissent empêcher un scandale inutile. Nous croyons donc que la loi n'impose à cet égard aucune obligation aux tribunaux, et qu'ils ont dans tous les cas le faculté d'admettre ou de rejeter le serment décisoire.—Il a d'ailleurs été jugé que lorsque le demandeur, après avoir fait valoir les moyens qu'il a crus propres à justifier sa demande, défére subsidiairement le serment au défendeur, ce serment n'est pas décisoire, mais supplétif; et que par suite, il est au pouvoir du juge d'en admettre ou d'en rejeter la délation suivant les circonstances, Cass., 13 mars 1852, S. V., 52, 1, 324; Douai, 31 janvier 1855, S. V., 55, 2, 247. Mais sans admettre ce point de vue particulier, en ce sens que le serment déféré même subsidiairement est décisoire et non supplétoire, V. *sup.*, § 602, note 2, et tout en rejetant le motif de ces décisions, nous les approuvons en elles-mêmes quand à la faculté qu'elles reconnaissent aux tribunaux.] (Note de MM. Massé et Tergé.)

(1) *Facta propria vel communia,* arg. art. 1362.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 819; Maleville et Delvincourt, sur l'art. 1339; Pigeau, 1, s. 243; Toullier, 10, n. 377; Duronton, 13, n. 580; Favard, vo *Serment*, sect. 8, § 1, n. 13; [Marcadé, sur l'art. 1358. Mais ce serment ne doit être déféré que sur des faits décisifs, Cass., 6 mai 1834, S. V., 34, 1, 756, V. *sup.*, § 602, note 6] (Note de MM. Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1247.]

En tout état de cause et jusqu'au jugement définitif (1), le serment décisoire peut être déféré à la partie adverse (2). Ainsi, notamment il peut être déféré après que les parties ont eu recours à d'autres moyens de preuve, et lorsque ces preuves n'ont pas paru suffisantes (3).

La partie à laquelle le serment a été déféré peut à son choix l'accepter, ou, s'il porte sur un fait commun aux deux parties (4), le référer à celle qui le lui a déféré. Si celui auquel le serment a été déféré refuse de le prêter (5) et ne le

(1) Soit en ce qui touche le fond, soit en ce qui touche le fait spécial sur lequel est déféré le serment, Cass., 22 août 1822. [V. aussi Turin, 15 juill. 1806.] (Note de MM. Massé et Vergé.).

(2) Pigeau, 1, p. 244 ; Merlin, *Rép.*, v° *Serment.* Ainsi il peut être déféré pour la première fois en appel, [Riom, 7 déc. 1818.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) Toullier, 10, n. 404 et s. ; Merlin, *Rép.*, v° *Serment.* [En d'autres termes le serment, bien que déféré subsidiairement, n'en est pas moins décisoire. V. *sup.*, § 602, note 2. V. aussi *sup.*, note 16.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(4) Cependant le serment peut aussi être référé *ut jusjurandum credulitatis*, Duranton, 13, n. 596. [C'est-à-dire que le serment peut être référé aux héritiers sur le point de savoir s'ils ont connaissance d'un fait personnel à leurs auteurs, Marcadé, sur l'art. 1361.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(5) Celui qui, en conciliation, a refusé d'accepter le serment qui lui a été déféré peut néanmoins le prêter ensuite devant le tribunal, Cass., 17 juill. 1808 ; [Douai, 5 janv. 1854, S. V., 54, 2, 125. [V. aussi Favard, v° *Conciliation*, § 5, n. 12— *Quid*, si celui qui a accepté le serment ou auquel le serment a été référé décède avant la prestation du serment ? V. Toullier, 10, n. 585 ; Favard, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 18 ; et Douai, 26 mai 1814. La transaction est considérée comme non avenue si aucune des parties ne s'est trouvée en faute. [C'est-à-dire que si la prestation de serment n'a été empêchée ni par la faute de celui qui a déféré le serment, ni par la faute de celui qui l'a accepté, le décès de la partie à laquelle le serment a été déféré remet la chose au même état qu'avant la délation du serment, puisque la prestation de serment était la condition de la transaction, et que cette condition n'a pas été accomplie, Caen, 20 janv. 1846,

réfère point ou ne peut le référer à l'autre partie, il perd son procès, pourvu toutefois que le serment porte sur un fait décisif. Réciproquement l'autre partie perd son procès si elle refuse le serment qui lui a été référé. Mais si le serment déféré et accepté est prêté, le litige doit être décidé en faveur de celui auquel le serment a été déféré. Il en est de même si le serment référé n'est point prêté (1), art. 1361 et 1362, et arg. de cet article.

Celui qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter, une fois que la partie adverse s'est déclarée prête à faire le serment (2), art. 1364. Et celui qui a accepté le serment qu'on lui a déféré ne peut plus ensuite le référer (3), arg. art. 1364.

Le serment prêté (5) a la même force obligatoire qu'une

S. V., 46, 2, 499 ; Marcadé, sur l'art. 1361. V. encore Limoges, 12 mars 1839, S. V., 40, 2, 24. On ne pourrait considérer le serment comme prêté que si c'était par la faute de celui qui l'a déféré qu'il n'a pas été prêté avant le décès de celui à qui il était déféré ; ni comme refusé que si celui à qui il a été déféré était en faute pour ne l'avoir pas prêté avant sa mort, Toullier, 10, n. 383 ; Marcadé, *loc. cit.*— *Contrà*, Douai, 26 mars 1814 ; et Aix, 13 août 1829, qui le considèrent, mais à tort, comme prêté dans tous les cas.] (Note de MM. MASSÉ ET VERGÉ.)

(1) *Jusjurandum relatum denuo referri nequit*, arg. art. 1361 ; Pothier, *Oblig.*, n. 822 ; [Marcadé, sur l'article 1361.]

(2) Jusque-là la rétractation peut donc être admise. [Mais quand l'acceptation a formé un contrat entre les deux parties, il n'y a plus de rétractation possible, à moins que la partie qui a déféré le serment n'y ait été induite que par le dol de son adversaire, Marcadé, sur l'article 1361.] *JusJurandum retractatum denuo deferri potest*, arg., art. 1360 ; Toullier, 10, n. 367 ; [Carré et Chauveau, n. 508.] V. L. 11, C. *De rebus creditis*. (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Duranton, *Des contrats*, 4, n. 1497.

(4) [Le serment n'est-il réputé prêté que lorsque la partie à laquelle il est déféré a affirmé d'une manière catégorique qu'un fait (qui lui est personnel) est ou n'est pas ? Et doit-on considérer comme un refus de serment la déclaration de la partie qu'elle ne se rappelle pas ou qu'elle

transaction ; il a, par conséquent, comme la transaction, V. art. 2052, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (1). Il diffère cependant de la transaction en ce point essentiel qu'il n'est permis, en aucun cas, à la partie adverse de l'attaquer dans sa teneur, c'est-à-dire de prétendre qu'il constitue un faux serment (2), art. 1363. V. art. 2054 et 2055.

n'a pas connaissance ? La question a été diversement résolue. Ainsi il a été jugé, le 1er fév. 1856, par la Cour de Besançon, S. V., 56, 2, 95, que le serment prêté en ces termes par un créancier auquel il a été déféré par le débiteur sur l'existence de paiements : *Je ne me rappelle pas*, est valable, et décide le litige de la même manière que si la réponse avait été négative. Et d'un autre côté, il a été jugé par la Cour de Bruxelles, le 22 fév. 1819. *J. Pal.* 15, p. 110, que la partie à laquelle un serment est déféré est censée l'avoir refusé si, au lieu de prêter serment sur la réalité ou la fausseté du fait, elle se borne à jurer qu'elle l'ignore. Nous croyons que ni l'une ni l'autre de ces solutions n'est absolument vraie; que d'une part le serment n'étant pas prêté dans les termes où il a été déféré ne peut être opposé à la partie qui l'a déféré, et que d'autre part il ne peut nuire à la partie qui l'a prêté qu'autant que, d'après les circonstances, il doit être considéré comme n'étant pas l'expression de la vérité. Les tribunaux doivent juger l'affaire d'après les éléments de décision qu'elle présente, éléments de décision dans lesquels figure nécessairement l'affirmation ou la négation faite par la partie à laquelle le serment a été déféré, et qui constitue non un serment dans le sens des art. 1358 et s., mais une simple déclaration.] (Note de MASSÉ et VERGÉ.)

(1) L. 11, Dig., *De jurejurando ;* Pothier, n. 823. V. aussi Merlin, *Rép*, v° *Testament*, sect. 4, § 3. Aussi peut-on attaquer le serment prêté tout comme on pourrait attaquer une transaction conclue, art. 2033, alin, 2, en prouvant que c'est par le dol de celui qui l'a prêté qu'on a été amené à le lui déférer, Toullier, 10, n. 390 ; Duranton, 13, n. 601 ; Favard, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 20. (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Maleville, sur l'art. 1363 ; [Massé, 6, n. 238 ;] Cass., 9 fév. 1808. La preuve de la fausseté du serment n'est permise ni directement ni indirectement, Colmar, 25 avr. 1827. Cependant le faux serment peut être poursuivi au criminel, Pén., art. 366. Mais, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, la preuve du faux serment ne peut être faite, même au criminel, s'il n'existe pas un commencement de preuve par écrit de la fausseté du serment, [Cass., 16 août 1844, S. V., 44, 1, 714 ; 29 mars 1845, S. V., 45, 1, 397 ; 25 avr. 1845, S. V., 45, 1, 480 ; 13 nov. 1847, S. V., 45,

[ARTICLE 1248.]

* *C. N.* 1358, 1359, 1360. } 1358. Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

1359. Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.

1360. Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

1248. Il ne peut être déféré que sur un fait qui soit personnel à la partie à laquelle on le défère, ou dont elle ait une connaissance personnelle.

1248. It can only be offered upon a fact which is personal to the party to whom it is offered, or of which he has a personal knowledge.

---

* *ff. Liv.* 12, *Tit.* 6, *De jurejurando, L.* 34, § 1, 2, 3. } § 1. Defensor municipum, vel cujusvis corporis jusjurandum deferre potest, si super hoc mandatum habeat.

1, 80 ; Toullier, 10, n. 388 ; Merlin, *Rép.*, v° *Serment*, § 2, art. 2, n. 8 *bis* ; Carnot, *Cod. pén.*, 2, p. 196 ; Mangin, *Act. publ.*, 1, n. 173 ; Chauveau et Hélie, *Théor. du Cod. pén.*, 6, p. 479.—*Contrà*, Cass., 21 août 1834, S. V., 35, 1, 119 ; Bourguignon, sur l'art. 366 Pén. ; Rauter, *Dr. crim.*, 2, n. 500. V. aussi Cass., 20 et 21 janv. 1843, S. V., 43, 1, 659 et 660.] Dans tous les cas, lors même que le faux serment est prouvé au criminel, le jugement rendu au civil n'en conserve pas moins toute son autorité. Cass., 21 août 1834, S. V., 35, 1, 119 ; 17 juill. 1843, S. V., 44, 1, 36 ; Marcadé, sur l'art. 1363.]—*Contrà*, Duranton, 13, n. 600, qui, argumentant de l'art. 1er du Cod. d'Instr. crim , admet dans ce cas une action en dommages-intérêts de la part de celui qui a déféré le serment jugé faux. [Mais les principes généraux et notamment les principes qui servent de base à l'art. 1er du Code d'Instr. crim., et qui ouvrent une action civile à tous ceux qui ont été lésés par un crime ou un délit, sont ici inapplicables. Le caractère transactionnel du serment empêche que celui qui l'a déféré et qui s'est ainsi volontairement soumis à toutes les conséquences d'un faux serment soit reçu à vouloir échapper ensuite à ses conséquences.] (Note de MM. Massé et Vergé).

§ 2. Pupillo non defertur jusjurandum.

§ 3. Procurator non compellitur jurare, nec defensor : et ita Julianus scribit libro decimo digestorum, defensorem jurare non compelli : sufficereque ad plenam defensionem, si paratus sit judicium accipere. (ULPIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } § 1. Celui qui est chargé de défendre un corps de ville, ou toute autre communauté, peut, s'il en a le pouvoir par sa procuration, déférer le serment.

§ 2. On ne défère point le serment à un pupille.

§ 3. Un fondé de procuration ne peut être forcé à prêter serment. Ce qui fait que Julien écrit au livre dix du digeste, que celui qui se charge lui-même d'en défendre un autre ne peut être forcé à prêter le serment, et qu'il suffit, pour être censé défendre pleinement, qu'il offre de satisfaire au jugement qui sera prononcé. (ULPIEN).

Voy. *Pothier* et *C. N.* cités sur art. 1247.

1249. Celui auquel le serment decisoire est déféré, qui le refuse et ne le réfère pas à son adversaire, ou l'adversairc à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande, ou dans son exception.

1249. He to whom the decisory oath is offered and who refuses to take it, and does not refer it to his adversary, or the adversary who refuses to take it, when it is referred to him, fails in his demand or exception.

Voy. *Digeste* et *Pothier*, cités sur art. 1247.

---

* *C. N.* 1361. } Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

1250. Le serment ne peut être référé lorsque le fait qui en est l'objet n'est pas personnel aux deux parties ou personnellement connu des deux, mais est personnel à celle à laquelle le serment est déféré, ou connu d'elle seule.

1250. The oath cannot be referred when the fact which is the object of it is not personal or personally known to both the parties, but to him alone to whom it has been offered.

Voy. *Digeste* et *Pothier*, cités sur art. 1247 et 1248.

---

* *C. N.* 1362. } Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

1251. Lorsque la partie à qui le serment décisoire a été déféré ou référé, a fait sa déclaration sous serment, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté.

1251. When a party to whom the decisory oath has been offered or referred has made his declaration under it, the adverse party is not admitted to prove its falsity.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1246 et *Pothier* sur art. 1247.

* *ff. Liv.* 12, *Tit.* 6, *De jurejurando,* *L.* 5, § 2 *et L.* 9, § 1. } *L.* 5, § 2. Data jurejurando, non aliud quæritur, quàm an juratum sit : remissa quæstione, an debeatur : quasi satis probatum sit jurejurando. (ULPIANUS).

L. 9, § 1. Jurejurando dato, vel remisso, reus quidem adquirit exceptionem sibi, aliisque : actor vero actionem adquirit : in qua hoc solùm quæritur, *an juraverit, dari sibi oportere :* vel cùm jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 5, § 2. Lorsque le serment est prêté, on n'examine plus autre chose que le fait de la prestation de serment ; il n'est plus question de rechercher si le défendeur qui a juré doit ou non, comme si la chose était évidemment prouvée par son serment. (ULPIEN).

L. 9, § 1. Lorsque le serment a été prêté par le défendeur, ou qu'étant prêt à le prêter, on lui en a fait la remise, il acquiert une exception à son profit et à celui de ceux qui le remplacent. Mais si c'est le demandeur, il acquiert une action à son profit, dans laquelle il n'est plus question que d'examiner s'il a juré que sa demande était légitime, ou si, étant prêt de faire ce serment, son adversaire lui en fait la remise. (ULPIEN).

---

* *ff. Liv.* 44, *Tit.* 1, *De exceptionibus,* *L.* 15. } 15. Adversus exceptionem jurisjurandi replicatio doli mali non debet dari : cùm prætor id agere debet, ne de jurejurando cujusquam quæratur. (JULIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } 15. Lorsque le défendeur propose une exception fondée sur le serment qu'il a fait en justice, on ne peut pas lui opposer une réplique fondée sur sa mauvaise foi ; parce que le préteur doit veiller à ce qu'on n'élève plus de question sur un serment une fois fait en justice. (JULIEN).

[ARTICLE 1252.]

* *C. N.* 1363. } Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

1252. La partie qui a déféré ou référé le serment décisoire ne peut plus s'en retracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

1252. A party who has offered or referred the decisory oath cannot retract after a declaration by the adverse party that he is ready to take the oath.

---

* *Cod. Liv.* 4, *Tit.* 1, *De rebus creditis*, *L.* 11. } 11. Si quis jusjurandum intulerit, et necdum eo præstito, posteà (utpotè sibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit : sancimus nemini licere penitùs iterum ad sacramentum recurrere (satis enim absurdum est reddire ad hoc, cui renuntiandum putavit : et cùm desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare), et judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. Si quis autem sacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit : licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, si voluerit, præstare : ita tamen, ut hujusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei præstetur. Post definitivam autem sententiam, quæ provocatione suspensa non sit, vel quæ postquam fuit appellatum, corroborata fuerit : nullo modo revocare juramentum, et iterum ad probationem venire cuiquam concedimus ; ne repetita lite, finis negotii alterius causæ fiat exordium.

Dat. 15 calend. octob. Chalcedone, Decio V. Coss. 529. (JUSTINIANUS).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } 11. Si quelqu'un, ayant déféré le serment, s'est dédit avant qu'il eût été prêté, à cause, par exemple, qu'il a découvert de nouvelles preuves ; nous ordonnons qu'il ne lui soit plus permis de recourir au serment (car il est absurde d'y recourir lorsqu'on

a cru devoir le rejeter, et de vouloir s'en servir encore après avoir reconnu la faiblesse des moyens qui l'ont d'abord fait rejeter), et que les juges ne permettent en aucune manière une telle injustice. Mais si quelqu'un, ayant d'abord déféré le serment, a cru ensuite devoir le révoquer, il doit lui être permis de le faire et de fournir, s'il le désire, d'autres preuves. On ne doit cependant accorder cette permission que pendant toute la durée du procès ; car nous ne permettons point qu'après qu'il a été rendu une sentence définitive dont il n'y a pas d'appel, ou dont l'appel a été rejeté, on puisse révoquer le serment et présenter de nouveau des preuves ; de peur que le procès étant recommencé, il ne naisse, d'une cause déjà décidée, le commencement d'un autre procès.

Fait à Calcédoine le 15 des cal. d'octob. sous le cons. de Décius. 529. (JUSTINIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1247.

---

* *C. N.* 1364. } La partie qui a déféré ou référé le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

1253. Le serment décisoire ne peut affecter le droit des tiers, et il ne s'étend qu'aux choses à l'égard desquelles il a été déféré ou référé.	1253. The decisory oath cannot affect the rights of third persons, and it extends only to the things with respect to which it has been offered or referred.
[S'il est déféré par un des créanciers solidaires au débiteur, il ne profite à celui-ci que pour la part	[If offered by one of joint and several creditors to the debtor, it avails the latter for the part only of

de ce créancier; sauf, néanmoins, les règles spéciales aux sociétés commerciales.]

S'il est déféré au débiteur principal il profite à ses cautions.

S'il est déféré à l'un des débiteurs solidaires, il profite à ses codébiteurs.

S'il est déféré à la caution, il profite au débiteur principal.

Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal, que lorsqu'il a été ainsi déféré sur le fait de la dette même, et non pas sur le seul fait de la solidarité ou du cautionnement.

such creditor, subject, nevertheless, to the special rules applicable to commercial partnerships.]

If offered to the principal debtor it avails his sureties.

If offered to one of joint and several debtors, it avails his codebtors.

If offered to a surety it avails the principal debtor.

In the last two cases the oath of the codebtor or of the surety avails the other codebtors or the principal debtor only when it has been offered upon the fact of the debt and not solely upon the fact of the joint and several liability or of the suretyship.

---

* *ff. Liv.* 12, *tit.* 2, *De jurejurando*, *LL.* 10, 27, 28. } *L.* 10. Quia non deberet alii nocere, quod inter alios actum esset. (Paulus.)

L. 27. Jusjurandum etiam loco solutionis cedit. (Gaius.)

L. 28. In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit.

§1. Quod reus juravit, etiam fidejussori proficit. A fidejussore exactum jusjurandum, prodesse etiam reo, Cassius et Julianus aiunt: nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est: si modo ideo interposi-

tum est jusjurandum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona jurantis ageretur.

§ 2. Si ei qui debitorem meum in judicium exhibere promisit, jusjurandum detulerim, isque juraverit, *se omnino exhibitionem ejus non promisisse*, prodesse debitori meo id non debet. Si vero juraverit, *si nihil mihi præstare oportere*, distinguendum sit, et replicatione emendandum, utrùm ideo juraverit, an quia post promissionem exhibuerit, an vero quia solverit. Quod et in fidejussore debiti distinguendum est.

§ 3. Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniæ alter juravit: alteri quoque prodesse debebit.

§ 4. Exceptio jurisjurandi, non tantùm si ea actione quis utatur, cujus nomine exigit jusjurandnm, opponi debet: sed etiam si alia, si modo eadem quæstio in hoc judicium deducatur, fortè si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, cæterasque similes jusjurandum exactum sit, deindè ex iisdem causis certum condicatur : quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

§ 5. Si quis juraverit *se non rapuisse*, non debet adjuvari hoc jurejurando in actione furti, aut condictione: quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest.

§ 6. Colonus, cum quo propter succisas fortè arbores agebatur ex locato, si juraverit *se non succidisse*, sive è lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive è lege. Aquilia damni injuria, sive interdicto *quod vi aut clam* posteà convenietur, per exceptionem jurisjurandi defendi poterit.

§ 7. Quæ juravit *divortii causa rem se non amovisse*, non debet defendi per exceptionem, si cùm ea in rem agatur: et si contendat suam esse, alio jurejurando opus est: contrà si juraverit suam esse, debet in actione rerum amotarum defendi. Et omnino hoc observandum est, licet per aliam actionem eadem quæstio moveatur, ut exceptio jurisjurandi locum habeat.

§ 8. Igitur si quis juravit *se non esse condemnatum*, etiamsi ex stipulatu judicatum solvi ob rem judicatam conveniatur, defendetur per exceptionem. Contrà, si cùm ex stipulatu

judicatum solvi conveniretur, juravit *se dare non oportere*, agenti judicati non utique obstabit exceptio : potest enim fieri, ut non sit commissa stipulatio, licèt res judicata sit : nisi ideo jurasset, quod nec damnatum se esse diceret.

§ 9. Item Pomponius ait, eum qui *furtum sibi factum alicujus rei* juravit, non statim etiam condictionis causam nancisci.

§ 10. Item cùm ex hac parte jusjurandum et actionem et exceptionem inducat : si fortè reus extra judicium, actore inferente, juraverit, *se dare non oportere*, et actor reo deferente *dare sibi oportere*, vel contrà : posterior causa jurisjurandi potior habebitur : nec tamen præjudicium perjurio alterius fiet : quia non quæretur, *an dare eum oportet*, sed *an actor juraverit.* (Paulus.)

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } *L.* 10. Parce que ce qui s'est passé entre des parties ne doit pas nuire à d'autres. (Paul.)

L. 27. Le serment tient aussi lieu de paiement. (Gaius.)

L. 28. Lorsque deux créanciers sont solidaires, le serment déféré au débiteur par l'un d'eux nuit à l'autre.

§ 1. L'affirmation faite par le débiteur libère son répondant. Cassius et Julien pensent que le serment prêté par le répondant libère aussi le principal obligé ; parce que, comme l'affirmation tient lieu de paiement, l'obligation est censé éteinte : pourvu cependant que le serment ait pour objet l'obligation même, c'est-à-dire, si la chose est ou n'est pas due, et non pas la personne de celui qui le prête, par exemple, si la chose est ou n'est pas due par un tel.

§ 2. Si quelqu'un s'était engagé envers moi à me représenter mon débiteur, qui se tenait caché, et qu'il affirmât ensuite ne me l'avoir point promis, cette affirmation ne peut pas servir à mon débiteur. Mais s'il affirme qu'il ne m'est rien dû, il faut distinguer, et j'ai une réplique pour lui faire déclarer s'il entend par-là qu'il m'a représenté le débiteur comme il me l'avait promis, ou que j'ai été payé. Il en faut dire autant de celui qui a répondu pour une dette.

§ 3. Si de deux débiteurs solidaires d'une même somme, l'un a affirmé ne rien devoir, l'autre est libéré.

§ 4. On doit opposer l'exception du serment, non-seulement lorsque le demandeur intentera l'action à l'occasion de laquelle il a déféré le serment, mais même dans le cas où il en intenterait une autre pour le même objet : par exemple, s'il a été déféré dans une cause de mandat, de gestion d'affaires, de société ou autres semblables, et qu'ensuite on demande par la condiction la dette à laquelle ces convent ons ont donné lieu ; parce qu'une action étant éteinte, les autres qui ont le même objet le sont aussi.

§ 5. Si quelqu'un affirme n'avoir pas enlevé une chose avec violence, il ne peut pas se servir de son serment si on intente contre lui les actions qui descendent du vol ; parce qu'enlever avec violence ou voler est autre chose, le dernier délit pouvant se commettre secrètement et sans bruit.

§ 6. Si un fermier contre qui on intentait l'action du loyer et à qui on demandait compte d'arbres coupés, a affirmé qu'il ne les avait pas coupés, il pourra repousser par l'exception tirée de son serment le même demandeur qui intenterait contre lui, ou l'action de la loi des douze tables touchant les arbres coupés, ou l'action de la loi Aquilia en réparation du tort causé, ou les actions prétoriennes établies contre les délits commis par violence ou secrètement.

§ 7. La femme qui a affirmé n'avoir rien détourné lors de sa séparation, ne peut point se servir de l'exception de son serment, lorsqu'on intente contre elle la revendication d'un effet dont elle se trouve en possession ; et si elle soutient que cet effet lui appartient, elle a besoin d'un nouveau serment. Si au contraire elle avait d'abord affirmé que cet effet lui appartenait, elle se servirait de son serment pour se défendre contre son mari qui l'actionnerait comme l'ayant détourné. En général, il faut observer que lorsque la même question se représente, quoique sous une nouvelle action, l'exception tirée du serment doit avoir lieu.

§ 8. Ainsi, si un homme a affirmé qu'il n'a pas été condam-

né, son serment lui procurera une exception, dans le cas où on l'actionnera pour exécuter le jugement qu'on prétend avoir obtenu contre lui, quoiqu'on l'actionne en vertu de la promesse qu'il a faite d'exécuter le jugement. Au contraire si on l'actionne d'abord en vertu de sa promesse, et que, quand il le sera en vertu du jugement, il affirme ne rien devoir, son serment ne lui procurera pas d'exception ; parce qu'il peut arriver que la promesse qu'il avait faite de payer le jugement ne fut pas encore exigible, quoiqu'il fût prononcé ; à moins qu'il n'eût affirmé qu'il ne devait rien, par la raison qu'il n'avait pas été condamné.

§ 9. Pomponius pense que celui qui affirme qu'une chose lui a été volée, n'acquiert pas pour cela seul contre son adversaire l'action en restitution de la chose volée.

§ 10. Comme le serment donne lieu à une action et à une exception, si le débiteur à qui le créancier défère le serment affirme extraordinairement qu'il ne doit rien, et qu'ensuite le débiteur, déférant le serment au créancier, celui-ci affirme que la somme lui est due, ou réciproquement, le second serment sera préféré ; cependant le premier ne sera point jugé parjure, parce qu'on n'examinera pas s'il doit réellement, mais simplement si le créancier a fait l'affirmation qui lui était déféré. (PAUL.)

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1247.

---

* 10 *Toullier*, *Contrats*, *n*° 391 *et s.* } 391. Du principe incontestable que les effets du serment décisoire dérivent de la transaction ou convention formée par la délation, suivie d'acceptation, il en résulte qu'il ne peut avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayants-cause, et seulement à l'égard de la chose sur laquelle il a été déférè. C'est donc avec beaucoup de justesse que Pothier, n° 823, applique au serment la disposition raisonnable de la loi 27, § 4, *ff. de pact.*, 2, 13.

Animadvertendum est ne conventio in aliâ re facta, aut cum aliâ personâ, in aliâ re, aliâve persona noceat.

La loi 3, § 3, *ff. H. T.*, dit aussi que le serment ne peut nuire à des tiers : *Jusjurandum alteri nec nocet nec prodest.*

L'art. 1365 de notre Code civil a consacré ces principes : " Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui " l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers ou " ayants-cause et contre eux."

Si donc l'un des héritiers de Caïus me demande sa part d'une somme de 4.000 fr., dont il soutient que mon père était débiteur envers Caïus, et me défère le serment sur la réalité de la dette dont il prétend que j'ai connaissance, le serment négatif que j'aurai prêté formera une preuve contre lui à mon profit, mais non contre ses co-héritiers, ni au profit de mes frères et sœurs, héritiers comme moi de notre père commun. Ainsi, il pourra agir contre eux pour leur part de la dette prétendue de 4,000 fr., sans qu'ils puissent lui opposer le serment que j'ai prêté, *jusjurandum alteri non prodest*, et les autres héritiers de Caïus pourront agir contre moi, sans que je puisse leur opposer le serment que j'ai prêté sur la délation du premier d'entre eux.

392. Cependant, " le serment déféré au débiteur principal libère " également les cautions..., et celui déféré à la caution, " profite au débiteur principal " (art. 1365).

" Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux " codébiteurs " (Même article).

La raison qu'en donne les lois romaines, d'où ces dispositions sont tirées, c'est que le serment tient lieu de paiement : *Nam jusjurandum loco solutionis cedit. Lois* 27 *et* 28, § 1, *ff. H. T.*

" Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur " solidaire, ou de la caution, ne profite aux autres codébi- " teurs, ou au débiteur principal, que lorsqu'il a été déféré " sur la dette et non pas sur le fait de la solidarité ou du " cautionnement " (1365).

Si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso con-

tractu et de re, non de personâ jurantis ageretur. Loi 28, § 1. Car, si la caution a juré seulement qu'elle n'avait pas contracté de cautionnement, le débiteur principal n'en peut tirer avantage ; et si l'un des débiteurs solidaires a juré qu'il n'a pas contracté l'obligation, ses codébiteurs n'en peuvent également tirer avantage.

En suivant ces principes, il semblerait que le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur libère également ce dernier envers les autres ; car le serment tient lieu de paiement, et le paiement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers tous, encore que le bénéfice de l'obligation soit divisible entre les divers créanciers (1197).

Mais comme à la différence du droit romain, loi 2, *ff. de duobus reis*, 45, 2, l'art. 1198 du Code veut que la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier, l'art. 1365 a aussi voulu que le serment déféré par l'un des créanciers solidaires, ne libérât celui-ci que pour la part de ce créancier ; car la délation du serment décisoire est une véritable remise conditionnelle : je vous tiens quitte, si vous jurez.

393. Le Code n'a point dit expressément que le serment décisoire ne peut, entre les mêmes parties, avoir d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle le serment a été déféré ; mais le principe établi dans le droit romain n'en doit pas moins être observé ; car il est conforme à la raison. Il en résulte qu'après avoir déféré à mon adversaire le serment sur le fait de savoir s'il avait connaissance d'une dette que son auteur avait contracté envers moi, je puis demander à prouver la réalité de cette dette par un autre genre de preuve, sans qu'il puisse m'opposer le serment qu'il a prêté ; car il ne s'agit plus de la même chose.

L'objet du serment déféré était la connaissance qu'il pouvait avoir de la dette. L'objet de ma nemande actuelle est la preuve que je prétends faire de la réalité de cette même dette, qu'il ne connaissait pas.

394. Loi 11, *ff. hoc titulo*, 12, 2, nous donne un autre exemple de l'application du principe que le serment ne fait preuve qu'à l'égard du fait précis sur lequel il a été prêté. Le possesseur d'un fonds a juré qu'il n'appartenait point au demandeur qui lui déférait le serment, *rem petitores non esse.* Tant qu'il possédera ce fonds, le défendeur pourra opposer l'exception du serment à celui qui le lui avait déféré ; mais si celui-ci devient à son tour possesseur du méme fonds, celui qui a perdu la possession ne pourra plus argumenter de son serment pour revendiquer le fonds ; car, s'il a juré qu'il n'appartenait point à son adversaire, il n'a pas juré qu'il lui appartenait à lui-même : *Non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse*, dit Ulpien. Il ne peut donc se prévaloir d'un serment dont l'objet n'était pas le même.

395. En général, dit Pothier, nº 823, " pour savoir si ce " qu'on demande est la même chose sur laquelle le serment " a été déféré, et qui a été terminée par ce serment, on peut " appliquer les règles que nous avons établies pour savoir " quand ce qui est demandé doit être censé la même chose " que ce qui a été décidé par le jugement intervenu entre les " parties."

396. La prestation du serment tient évidemment de la nature des aveux judiciaires. On doit donc appliquer au serment la disposition de l'art. 1356, sur l'indivisibilité de l'aveu. Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, par un arrêt du 18 janvier 1813, rapporté dans *le Répertoire*, vº Testament, sect. 4, § 3.

En voici les motifs :

" Attendu que l'arrêt du 28 janvier 1809 a préjugé que les " serments décisoires, déférés par la veuve Buscaillone, et " prêtés par les mariés Formica, en exécution de l'arrêt du " 13 avril 1808, pourraient être divisés, et qu'ils cesseraient " de faire preuve complète en leur faveur, dans le cas où la " veuve Buscaillonne prêterait, à son avantage, le serment à " elle déféré sur des faits étrangers à ceux sur lesquels le " serment décisoire avait été déféré par elle, et faits par les- " dits mariés Formica ; d'où résulte une violation expresse

" de ces articles (1365, etc.).—La Cour casse et annulle, dans " l'intérêt de la loi, et sans préjudice de leur exécution entre " les parties intéressées, lesdits arrêts des 13 avril 1808 et 28 " janvier 1809..."

---

* *C. N.* 1365. } Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants-cause ou contre eux.

Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier ;

Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions ;

Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs ;

Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal.

Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

---

§ 2. *Du serment déféré d'office.*

1254. Le tribunal peut, dans sa discrétion, examiner sous serment l'une ou l'autre des parties pour compléter la preuve nécessaire soit pour la décision de la cause, soit pour déterminer le montant de la condamnation, mais seulement dans les cas où il a été fait quelque preuve de la demande ou de l'exception.

§ 2. *Of the oath put officially.*

1245. The court may, in its discretion, examine either of the parties on oath, in order to complete the proof necessary for the decision of the cause, or for determining the amount for which judgment ought to be given ; but only in cases where some proof has been made of the demand or exception.

2 *Accarias, Droit Romain,* *n*° 776. } Outre l'écrit et le témoignage, les Romains admettent comme modes de preuve, l'aveu, le serment et les présomptions. De l'aveu, je n'ai rien à dire, si ce n'est que, fait *in judicio*, il ne saurait avoir moins de force que fait *in jure ;* il est donc tenu pour vrai et entraîne l'échec de son auteur (n° 753). Sur le serment, il y a une distinction à faire : il peut d'abord être déféré par l'une des parties à son adversaire, et alors, de même que dans la procédure *in jure* (n° 753), celui-ci le prête, le refuse ou le réfère, et finalement la cause est gagnée par celui qui le prête ou perdue par celui qui le refuse (L. 34 § 9, *De jur.*, XII, 2). Mais le serment peut aussi être déféré par le juge à l'une des parties, et alors il doit être prêté ou refusé, mais ne saurait être référé. Du reste le juge n'use de cette faculté qu'autant que les autres preuves sont insuffisantes et *cognita causa* (L. 3, C., *De reb. creb.*, IV, 1) (1). Quant aux présomptions, les jurisconsultes Romains n'y insistent guère et ne s'attachent pas à les classer. Mais ils les reconnaissent certainement, la rubrique du titre *De probationibus et præsumptionibus* (XXII, 3) en fait foi. Il n'est guère possible de chercher à énumérer les diverses présomptions établies dans les textes. Je ferai seulement remarquer que les unes admettent la preuve contraire, telle est la présomption de libération qui résulte de ce que l'écrit probatoire a été volontairement barré par le créancier (L. 24, *De prob. et præs.*) ; et que les autres l'excluent, telle est la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée (L. 56, *De re jud.*, XLII, 1).

Voy. *Code* et *Digeste*, cités sur art. 1246.

(1) Il y a une grande différence à faire entre les effets du serment, selon qu'il a été déféré par le juge ou par l'une des parties. Au premier cas une *retractacio causæ* est rendue possible par la découverte de pièces décisives. Au second cas, ce résultat n'est point admis (L. 31, *De jur.*, XII, 2). Du reste le serment prêté sur la délation du juge peut-il être attaqué par l'action *de dolo ?* On peut en douter. Sûrement, cette action ne fut point admise à l'égard du serment déféré par l'une des parties (L. 21, *De dol. mal.*, IV, 3.—L. 1, C., *De reb. cred.*, IV, 1).

* 2 *Pothier* (*Bugnet*) *Oblig.*, *n*° 921 *et s.* } 921. Le *serment* appelé *juramentum judiciale*, est celui que le juge défère de son propre mouvement à l'une des parties.

Il y en a deux espèces :

1° celui que le juge défère pour la décision de la cause ; c'est celui qu'on entend par le nom général *juramentum judiciale ;* on lui donne aussi quelquefois le nom de *serment supplétoire*, *juramentum suppletorium ;*

2° celui que le juge défère pour fixer et déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer ; on appelle ce serment *juramentum in litem.*

§ Ier *Du serment que le juge défère pour la décision de la cause.*

922. L'usage de ce serment est établi sur la loi 31, ff. *de Jurej.*, où il est dit : *Solent judices in dubiis causis exacto jurejurando secundùm eum judicare qui juraverit ;*—et sur la loi 3, Cod. *de Reb. cred.*, où il est dit : *In bonæ fidei contractibus, necnon in cæteris causis, inopiâ probationum, per judicem jurejurando, causâ cognitâ, rem decidi oportet.*

Il résulte de ces textes, qu'il faut que trois choses concourent pour qu'il y ait lieu à ce serment :

1° Il faut que la demande ou les exceptions ne soient pas pleinement justifiées ; c'est ce qui résulte de ces termes de la loi 3, Cod. *de Reb. cred. inopiâ probationum.*

Lorsque la demande est pleinement justifiée, le juge condamne le défendeur, sans avoir recours au serment : et pareillement lorsque les exceptions sont pleinement justifiées, il renvoie de la demande du défendeur, sans y avoir recours.

2° Il faut que la demande ou les exceptions, quoique non pleinement justifiées, ne soient pas néanmoins dénuées de preuves ; c'est le sens de ces termes, *in causis dubiis*, dont se sert la loi 31.

Elle appelle de ce nom celles dans lesquelles la demande ou les exceptions ne sont ni évidemment justes, faute d'une preuve pleine et complète, ni évidemment injustes, à cause du commencement de preuve qui se trouve : *In quibus*,

comme dit Vinnius, *Sel. quæst.* 1, 44, *Judex dubius est, ob minùs plenas probationes allatas.*

3° Il faut que le juge entre en connaissance de cause, pour estimer s'il doit déférer ce serment, et à laquelle des parties il le doit déférer ; c'est ce qui résulte de ces termes de la loi 31, *causâ cognitâ.*

923. Cette *connaissance de cause* consiste dans l'examen du mérite de la preuve, de la qualité du fait, et des qualités des parties.

Lorsque la preuve du fait d'où dépend la décision de la cause, et qui sert de fondement à la demande ou aux exceptions de la demande, est complète, le juge ne doit pas déférer le serment, mais il doit donner gain de cause à celui qui a fait la preuve.

Néanmoins si le juge, pour assurer davantage sa religion, lui avait, en ce cas, déféré le serment, et que le fait sur lequel il le lui a déféré, fût le propre fait de cette partie, qu'elle ne peut ignorer ; cette partie ne devrait pas refuser de le rendre, et elle ne serait pas écoutée à appeler de la sentence ; car, quoique le juge eût pu et même dû, la preuve paraissant complète, lui donner gain de cause, sans exiger d'elle son serment, il ne lui a pas néanmoins fait de grief en l'exigeant, puisqu'il ne coûte rien à la partie d'affirmer ce qu'elle sait être vrai : le refus qu'elle fait d'affirmer ce fait, atténue et détruit la preuve qu'elle en avait faite.

924. Lorsque le demandeur n'a aucune preuve du fait qui sert de fondement à sa demande, ou que celle qu'il a ne forme que de très légers indices ou présomptions, le juge ne doit pas lui déférer le serment, quelque digne de foi qu'il soit ; et il doit donné congé de sa demande.

Néanmoins si ces indices, quelque légérs qu'ils soient, forment quelque doute dans l'esprit du juge, il peut, pour assurer sa religion, déférer le serment au défendeur.

Pareillement lorsque, la demande étant justifiée, les exceptions proposées contre la demande ne se trouvent appuyées que d'indices trop légers pour que l'affirmation du défendeur

puisse en compléter la preuve, le juge peut, si bon lui semble, en donnant gain de cause au demandeur, prendre son serment, pour assurer davantage sa religion.

Je ne conseillerais pas néanmoins aux juges d'user souvent de cette précaution, qui ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures.

Quand un homme est honnête homme, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment, pour ne pas demander ce qui ne lui est pas dû, et pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit ; et, quand il n'est pas honnête homme, il n'a aucune crainte de se parjurer.

Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, j'ai vu une infinité de fois déférer le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois, qu'une partie ait été retenue par la religion du serment, de persister dans ce qu'elle avait soutenu.

925. Lorsque la preuve du fait qui sert de fondement à la demande est déjà considérable, quoiqu'elle ne soit pas tout à fait complète, c'est le cas auquel le juge doit se décider par le serment de l'une des parties ; il peut même, en ce cas, le déférer au demandeur, pour suppléer par ce serment à ce qui manquait à la preuve qu'il a faite.

Il faut néanmoins excepter de cette règle les causes de grande importance, telles que les causes de mariage.

Dans ces causes, ce qui manque à la preuve de la demande, ne peut se suppléer par le serment du demandeur ; et le défendeur en doit toujours obtenir le congé, lorsqu'elle n'est pas pleinement justifiée.

Dans les causes ordinaires, de même que ce qui manque à la preuve qu'un demandeur était chargé de faire, peut se suppléer par son serment ; pareillement, lorsque le demandeur étant fondé en titre, la décision de la cause dépend de la preuve des faits qui servent de fondement aux exceptions du défendeur contre la demande, et que la preuve que le défendeur est obligé de faire est considérable, sans être tout à fait complète, le juge peut déférer le serment au défendeur pour la compléter.

Le juge doit aussi, pour le choix de la partie à qui il défère le serment, avoir égard à la qualité des parties, considérer qu'elle est celle qui est la plus digne de foi, ou qui doit avoir plus de connaissance du fait ; il doit se déterminer *inspectis personarum et causa circumstantiis*. Cap. *fin* x. *de Jurejur.*

926. Dumoulin, *ad L.* 3, Cod. *de Reb. cred.*, rapporte pour exemple d'une preuve incomplète, et néanmoins assez considérable pour pouvoir être complétée par le serment du demandeur celle qui résulte d'une confession extrajudiciaire du débiteur, lorsqu'elle a été faite hors la présence du créancier, ou lorsqu'elle a été faite en la présence du créancier, à la vérité, mais sans être circonstanciée, et sans que le débiteur ait exprimé la cause de la dette.

Les livres des marchands sont aussi en leur faveur une preuve incomplète des créances de leur commerce qui y sont inscrites, laquelle peut être complétée par leur serment, lorsqu'ils sont gens d'une probité connue ; *suprà*, n° 753.

Le docteurs rapportent pour exemple de preuve qui peut se compléter par le serment du demandeur, la déposition d'un seul témoin, lorsque ce témoin est un homme digne de foi ; mais il paraît que par notre droit ce n'est que dans les matières très légères que la déposition d'un seul témoin, jointe au serment du demandeur, suffit pour adjuger la demande ; Voyez *suprà*, n° 817.

927. Quoique, en première instance, la cause ait été décidée par le serment qui a été déféré à l'une des parties, cela n'empêche pas le juge d'appel de le déférer à l'autre partie, s'il croit que la chose doit se décider par le serment de cette partie, plutôt que par le serment de celle à qui il a été déféré en première instance : c'est ce que nous voyons tous les jours se pratiquer.

928. Il reste à observer une différence entre le serment qui est déféré par le juge, et celui qui est déféré par une partie ; savoir, que celui qui est déféré par une partie, peut lui être référé ; au lieu que, lorsqu'il est déféré par le juge, la partie à qui il est déféré doit faire le serment, ou perdre sa cause.

Telle est la pratique du barreau, qui est mal à propos taxée d'erreur par Faber.

Il suffit, pour la justifier, de faire attention au sens du mot *référer :* pour qu'on puisse dire proprement que je *réfère* le serment à ma partie adverse, il faut que ce soit elle qui me l'ait déféré ; voyez *Vinnius Sel. quæst.* 143.

§ II. *Du serment appellé* juramentum in litem.

929. Le serment appelé *juramentum in litem*, est celui que le juge défère à une partie, pour fixer et déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer à son profit.

Les interprêtes du droit romain en distinguent deux : celui qu'ils appellent *juramentum affectionis*, et celui qu'ils appellent *juramentum veritatis.*

Jaramentum affectionis était celui que le juge me déférait pour estimer, non le prix que valait en elle-même la chose à moi appartenant, dont j'étais privé par le dol de la partie adverse, mais le prix de l'affection que j'avais pour cette chose.

Le juge réglait, en ce cas, la condamnation de la somme en laquelle il devait condamner envers moi ma partie adverse, sur celle à laquelle je jurais que j'estimais de bonne foi mon affection pour cette chose ; et cette estimation d'affection pouvait surpasser la véritable valeur de cette chose.

C'est de ce serment qu'Ulpien dit : *Non ab judice doli æstimatio ex eo quod interest sit, sed ex eo quod in litem juratur ;* L. 64, ff. *de Judic. ;* et ailleurs : *Rex, ex contumaciâ, æstimatur ultra rei pretium ;* L. 1, ff. *de Inlit. jur.*

Ce *juramentum affectionis* n'a pas lieu dans nos usages ; nous n'y avons admis que le *juramentum veritatis.*

930. Il y a lieu à ce serment toutes les fois que le demandeur a justifié qu'il était bien fondé dans sa demande en restitution de certaines choses, et qu'il n'y a d'incertitude que sur la somme à laquelle le défendeur doit être condamné, faute de faire la restitution des dites choses, dont la valeur n'est connue que du demandeur à qui elles appartiennent.

Le juge, en ce cas, pour régler la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer, s'en rapporte à l'estimation que le demandeur fera de la véritable valeur des choses dont il demande la restitution, après que ce demandeur a préalablement prêté serment de faire cette estimation en conscience.

Par exemple, si un voyageur a donné sa valise en dépôt à un aubergiste, et que cette valise ait été volée dans l'auberge; le dépôt étant constant, et le voyageur qui en demande la restitution, ayant seul connaissance de ce qu'il y avait dans sa valise, le juge, pour se déterminer sur la somme en laquelle il doit condamner l'aubergiste faute de représenter la valise, ne peut faire autrement que de s'en rapporter au serment du voyageur, sur la valeur des choses contenues en sa valise.

931. Chez les Romains, le juge laissait souvent au demandeur une liberté indéfinie sur la somme à laquelle il pourrait jurer qu'il estimait les choses dont il demandait la restitution : *Jurare in infinitum licet ;* L. 4, § 2, *ff. de In litem jur.*

Il était néanmoins laissé à la prudence du juge, lorsqu'il le jugeait à propos, de limiter une somme au-delà de laquelle l'estimation ne pouvait pas être portée : *Judex potest præfinire certam summam usque ad quam juretur ;* L. 5, § 1, ff. *eod. tit.*

Selon nos usages, le juge, après avoir entendu les parties, limite la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur doit être cru à son serment sur la valeur des choses dont il demande la restitution.

Il doit avoir égard, pour fixer cette somme, à la qualité de la personne du demandeur, au plus ou au moins de vraisemblance qui paraît dans ses allégations: la qualité de la cause doit aussi entrer en considération.

Dans l'estimation des choses dont l'estimation est demandée, on doit beaucoup moins épargner un défendeur qui serait convaincu d'être complice du vol qui en a été fait, que celui qui n'aurait péché que par imprudence et par défaut de soin.

Quand même le juge s'en serait rapporté, sur l'estimation, au serment du demandeur, sans lui limiter la somme, il ne

serait pas tellement astreint à la suivre, qu'il ne pût s'en écarter, s'il la trouvait excessive : *Etsi juratum fuerit, licet judici absolvere, vel minoris condemnare;* L. 5, § 2, ff. *eod. tit.*

---

* *C. N.* 1367. } Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut,

1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ;

2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

1255. Le serment déféré d'office par le tribunal à l'une des parties ne peut être par elle déféré à l'autre.

1255. The oath put by the court officially to one of the parties cannot be referred by him to the other party.

Voy. autorités sur art. 1254.

---

* *C. N.* 1368. } Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre.

1256. Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le tribunal à la partie qui fait la demande, que lorsqu'il est impossible d'établir autrement cette valeur.

1256. The oath, upon the value of the thing demanded can only be put by the court officially to the party claiming when it is impossible to establish such value otherwise.

[ARTICLE 1256.]

* *C. N.* 1369. } Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur.

Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

TITRE QUATRIÈME.

DES CONVENTIONS MATRIMONIALES ET DE L'EFFET DU MARIAGE SUR LES BIENS DES ÉPOUX.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

TITLE FOURTH.

OF MARRIAGE COVENANTS AND OF THE EFFECT OF MARRIAGE UPON THE PROPERTY OF THE CONSORTS.

PRELIMINARY OBSERVATIONS.

RAPPORT DE MM. LES COMMISSAIRES. } Le titre qui, au Code Napoléon, correspond au présent, est intitulé : " Du contrat de mariage, etc." Ce terme " Contrat de mariage" est équivoque et n'est pas toujours appliqué dans le sens même ; tantôt il signifie le mariage même ; tantôt il désigne l'acte qui en contient les conditions. C'est dans la première de ces acceptions que l'a employé Pothier en traitant de l'union conjugale ; c'est dans la seconde qu'en ont fait usage les auteurs du Code Napoléon, dans leur exposé des conditions ou conventions qui le précèdent ou l'accompagnent. Pour éviter cette équivoque et la confusion qui peut en résulter, les Commissaires ont cru devoir changer la rubrique du Code et lui substituer celle qui est en tête de ces remarques.

La première partie—" Des Conventions Matrimoniales " aurait suffi, si les conventions étaient toujours réglées par contrat; mais comme souvent les parties n'en font pas, et qu'elles laissent à la loi le soin de déterminer leurs droits respectifs et la manière dont seront gérés et partagés les biens qui leur appartiennent lors du mariage, ou qu'ils acquièrent depuis, il fallait dans la rubrique du titre, indiquer cet état de choses ; c'est à cette fin qu'a été ajoutée la partie qui s'y trouve après celle qui vient d'être mentionnée, savoir : " et de l'effet du mariage sur les biens des époux," ce qui signifie que, dans notre titre, l'on trouve les règles qui gouvernent les biens des époux, lorsqu'ils ne l'ont pas réglé eux-mêmes par acte antérieur au mariage.

Aussi, d'après le système que nous adoptons et qui est celui

de la Coutume de Paris, sauf quelques exceptions indiquées, les parties peuvent avant le mariage, faire telles conventions qu'elles jugent convenables, même celles qui seraient nulles dans tout autre acte entrevifs ; mais si elles n'ont pas fait de conventions, même si elles ne s'en sont pas expliquées contrairement, la loi suppose qu'elles ont voulu s'en rapporter à ce qui se fait plus généralement en pareil cas, et en conséquence, elles sont censées avoir voulu qu'il y ait communauté légale de biens et douaire coutumier. Ce n'est cependant qu'une présomption, qui disparaît, si les époux ont, ainsi qu'ils le peuvent, exclu la communauté ou le douaire. Sans les exclure totalement, ils peuvent les modifier, et alors on les appelle "Communauté conventionnelle ou Douaire préfix et conventionnel."

L'on trouve en leurs lieux les règles applicables à la communauté légale et à la conventionnelle, de même qu'au douaire coutumier et au douaire préfix.

Le Code Napoléon qui admet la communauté, tant légale que conventionnelle, omet complètement le douaire, dont il n'est fait aucune mention. On y a substitué le régime dotal, dont les règles sont exposées dans le chapitre III du titre du mariage. Ce système dotal, en usage en France, dans les pays de droit écrit, ne l'était pas dans les pays de coutume. L'on n'a pas cru devoir l'adopter ; aussi a-t-on omis, dans ce travail, tout ce qui se trouve, au Code, relatif à la dot ou au régime dotal.

Le présent titre, comme celui du Code, se divise en trois chapitres : le premier, intitulé : "Dispositions Générales ;" le second, "De la Communauté ;" le troisième "Du Douaire ;" les deux derniers chapitres se subdivisant en différentes sections et paragraphes qu'il est inutile d'indiquer ici.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Les articles de ce chapitre au nombre de douze, exposent les règles applicables aux différents sujets dont il est traité dans le présent titre.

L'art. 1257 énonce que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions, même de celles qui seraient nulles dans tout autre acte énoncé qui est cependant restreint par l'article 1258, qui excepte les conventions contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs, et celles qui sont interdites par quelques lois prohibitives. Contre la première partie de cette exception, pécherait la dérogation qui serait faite à la puissance maritale ou paternelle sur la personne de la femme ou des enfants (1259) et comme exemple de lois prohibitives mentionnées dans la seconde partie, l'on peut citer entre autre l'édit des secondes noces et l'article 279 de la Coutume de Paris, qui restreignent notablement les avantages que peuvent se faire les personnes convolant en secondes noces, ayant des enfants d'un premier mariage.

Les parties qui n'ont pas usé de la liberté qu'elles avaient de faire elles-mêmes leurs conventions, sont présumées s'en rapporter aux lois générales et aux coutumes du pays, d'après lesquelles, il y a toujours communauté légale et douaire coutumier, s'ils n'ont été exclus ou modifiés ; ce qui ne peut se faire qu'avant la célébration du mariage (1260) les règles de cette communauté légale sont exposées au chapitre II, tandis que celles du douaire coutumier font le sujet du chapitre III du présent titre (1261). Mais cette communauté et ce douaire, dont l'exclusion peut être stipulée, sont susceptibles, tous deux, de telles modifications dont les parties peuvent convenir ; et alors ainsi modifiés, l'une se nomme communauté conventionnelle et l'autre douaire préfix ou conventionnel. Les règles de la première sont tracées dans la section II du chapitre II, et celles du second se trouvent en la section I du chapitre III.

Pour que les conventions matrimoniales soient valables, elles doivent être comprises dans un acte notarié, fait avant le mariage, et qui ne vaut qu'en autant qu'il est célébré. Quelques localités, (Gaspé, par exemple) sont exemptées cependant par notre législation provinciale, pour des raisons spéciales, de la nécessité de cette forme notariée (1264), exemption qui doit être restreinte aux lieux pour lesquels elle a

été décrétée. Voyez 32, V. ch. 40, pour rendre valides certains actes dans Gaspé.

D'après l'ancienne loi, une fois le mariage célébré, les conventions faites ne peuvent plus être changées, excepté par don mutuel d'usufruit, de certaines parties de leurs biens. Cette faculté, quoique peu usitée dans le pays, n'avait jamais été abrogée.

Les Commissaires ont été d'avis d'en proposer l'abolition totale: deux raisons principales les y ont engagés: la première est la désuétude dans laquelle paraît être tombé l'exercice de ce droit, dont il n'est jamais ou presque jamais fait usage ; la seconde étant la liberté illimitée, accordée par nos lois à chacun de disposor de ses biens par testament, ce qui met les époux en état de se faire les dons et avantages qu'ils jugent convenables, d'une manière plus étendue et plus facile que ne leur permettait la faculté du don mutuel. C'est à cette fin qu'est adopté l'article 1265 qui déclare en amendement à la loi ancienne, que le don mutuel entre époux est aboli pour l'avenir.

Tant que le mariage n'est pas célébré, les conventions du contrat peuvent être changées ; mais ce doit être aussi par acte authentique, et en présence et du consentement de ceux qui ont assisté au premier et qui y ont intérêt (1266.) Cet article, qui est au lieu des articles 1396 et 1397 du Code Napoléon, en diffère cependant sous plusieurs rapports. Ces deux articles combinés veulent que les changements en question soient faits par-devant le notaire qui a redigé le premier contrat, à la suite de sa minute et en présence de toutes les personnes qui y ont assisté. A défaut de la présence de ces personnes, les changements sont nuls à l'égard de ces parties comme des tiers; tandis qu'ils ne sont nuls qu'à l'égard des tiers, si l'acte qui les contient n'est pas rédigé à la suite de la minute du premier. Ces dispositions qui, au reste, paraissent introductives de droit nouveau, n'ont pas été adoptées en entier; elles sont modifiées de manière à ce qu'il ne soit pas exigé impérieusement que les changements soient toujours et dans tous les cas, faits par le même notaire et à la suite de

la minute du premier acte ; il peut se rencontrer d'excellentes raisons pour que la chose ne puisse se faire ; quant à la présence au second acte, elle n'est exigée que de la part de ceux qui ont assisté au premier, y ayant un véritable intérêt ; et finalement, notre article fait disparaître la distinction que fait le Code entre la nullité de l'acte à l'égard des parties et celles relatives aux tiers ; d'où il résulte que les réquisitions, exigées pour la validité des changements, sont à peine de nullité dans tous les cas et à l'égard de tous. L'article paraît conforme à l'ancienne jurisprudence et est adopté comme tel.

L'article 1267 est au lieu du 1398e du Code Napoléon, dont il diffère cependant d'une manière assez notable.

Le Code permet au mineur, habile à contracter mariage, de faire toutes les conventions, donations, etc., qu'il pourrait faire s'il était majeur ; pourvu qu'il soit assisté, au contrat, par ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage.

C'est aller plus loin que l'ancien droit, d'après lequel le mineur ne pouvait faire entrer dans la communauté qu'une certaine portion de ses biens, et n'avantager son conjoint que dans certaines proportions réglées par l'usage et les circonstances des parties.

Les Commissaires ont cru devoir adopter un milieu entre ces deux systèmes, et, dans cette vue, ils ont soumis l'article 1267, lequel n'est conforme ni à l'ancien droit ni à celui du Code. Il permet au mineur, assisté de son tuteur, s'il en a un, et les personnes dont le consentement à son mariage est requis, de faire en faveur de son futur conjoint et des enfants tels avantages qu'il juge convenables ; liberté qui est restreinte à ces derniers seulement et ne s'étend pas au tiers, à l'égard desquels le mineur reste assujetti aux règles ordinaires quant à la disposition de ses biens. Ainsi, d'après l'article adopté, il faut l'assistance du tuteur, ce que n'exige pas l'article 1308, lorsque son consentement n'est pas nécessaire au mariage, et les avantages ne sont permis qu'en autant qu'ils sont en faveur du conjoint et des enfants. Ces règles,

sans être contraires à l'ancien droit, ne s'y trouvent pas en termes exprès, et sont en conséquence adoptées en addition à la loi ancienne 1267.

CHAPITRE II.

DE LA CONMUNAUTÉ DE BIENS.

Il y a deux espèces de communautés, la légale et la conventionnelle; toutes deux commencent du jour de la célébration du mariage, nonobstant convention contraire, laquelle est nulle et sans effet (1268). Cette nullité, d'après l'ancien droit, était incontestable si la convention allait à faire commencer la communauté avant le mariage; mais suivant Pothier Comm^te. 278), il paraîtrait qu'on pouvait valablement stipuler qu'elle ne commencerait qu'un ou deux ans, etc., après le mariage.

Cette décision, quoique contraire en apparence à la nature de la société que forme la communauté, étant appuyée de l'autorité d'un si grand maître, a dû être acceptée comme faisant partie du droit ancien, tandis que par l'art. 1269, adopté en amendement, est adoptée la doctrine du Code, qui déclare nulle la stipulation tendant à faire commencer la communauté à un autre jour que celui du mariage.

SECTION I.

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

La communauté légale, qui est celle que la loi seule forme entre les parties, s'établit non-seulement lorsqu'elles en sont convenues dans le contrat, mais encore lorsqu'elles n'en ont fait aucune mention, qu'elles ne l'ont pas exclue expressément, ou enfin lorsqu'il n'y a aucun contrat (1270 et 1271).

§ 1 *De ce qui compose la communauté légale.*

L'actif de la communauté consiste 1e. dans le mobilier qu'ont les époux lors du mariage, et dans celui qui leur échet, pendant qu'il dure, à titre de succession, de donation ou de testament; 2e. dans les fruits et revenus des biens leur appar-

tenant lors du mariage, et de ceux qui leur échoient pendant sa durée; 3e. dans tous les immeubles qu'ils acquièrent pendant le mariage (1272). Tout immeuble possédé par les époux est présumé conquet de la communauté; c'est à celui qui le réclame, comme propre, à en faire la preuve, en établissant qu'il lui est échu par succession, ou qu'il l'a acquis par donation ou autre titre de nature à l'empêcher de tomber dans la communauté (1273).

L'article 1274, relatif aux mines et carrières qui se trouvent sur l'immeuble propre à l'un des époux, est conforme au droit romain, à l'ancienne jurisprudence et en substance au Code Napoléon (1403); il est basé sur les principes adoptés sur le sujet au titre de l'usufruit (art. 1272). Là il a été posé comme règle générale que les mines et carrières ne font pas partie de l'usufruit; que cependant l'usufruitier peut en extraire et faire usage de la quantité des matériaux dont il a besoin pour faire les réparations d'entretien et autres dont il est tenu. Ces deux propositions sont applicables à la communauté, quant aux mines et carrières qui se trouvent sur l'héritage propre de l'un des conjoints. Pour ne pas les répéter, notre article réfère à celui où elles sont déjà posées. Une distinction se trouve ici cependant quant aux mines et carrières déjà en exploration (1274).

Les immeubles appartenant aux époux lors du mariage, sont, de droit, exclus de la communauté, à moins que l'acquisition en ait été faite dans l'intervalle entre le mariage et le contrat, auquel cas l'immeuble, ainsi acquis, devient conquêt. Sont également exclus de la communauté les immeubles qui échoient aux conjoints, par succession ou à titre équipollent (1275). Dans cette dernière catégorie sont les immeubles donnés aux conjoints, par contrat de mariage, et ceux donnés ou légués, pendant le mariage, par les ascendants de l'un des époux, soit à tous les deux, soit à celui seulement qui est le successible du donateur ou du testateur; dans l'un comme dans l'autre cas, l'immeuble ainsi donné ou légué est propre à l'époux successible, à moins que le contraire n'ait été spécialement exprimé. Il en est autrement des donations et legs

faits par autre que les ascendants ; dans ce cas, les immeubles tombent dans la communauté, soit qu'ils soiént donnés ou légués aux deux époux conjointement ou à l'un d'eux seulement (1276). Cet article est conforme à la Coutume de Paris (246), à celle d'Orléans et à presque toutes les coutumes de la France, quoique contraire à la doctrine du Code Napoléon (1405), qui a introduit une règle nouvelle en déclarant "que toutes donations d'immeubles faites pendant le mariage, à un seul des conjoints, lui est propre et ne tombe dans la communauté que dans le cas où le donateur l'a expressément déclaré." Les Commissrires ont regardé l'ancienne règle comme plus juste et plus naturelle, étant fondée sur la présomption que la libéralité a dû être faite à l'héritier, plutôt qu'à l'étranger, et l'ont en conséquence maintenue.

Les trois articles 1277, 1278 et 1279, conformes à l'ancien et au nouveau droit, exposent différents autres cas, dans lesquels l'immeuble appartenant à l'un des époux lui reste propre et n'entre pas dans la communauté.

L'article 1280 énumère les diverses charges dont est tenu la communanté, et qui forme le passif dont elle se compose. Il est conforme au droit ancien, résumé dans l'article 221 de la Coutume de Paris, et au nouveau, tel qu'exposé en l'article 1409 du Code Napoléon. Les articles qui suivent sont en liaison avec le présent, et en expliquent et modifient les dispositions (1280). Par exemple, l'article 1281 veut que les dettes mobiliaires de la femme, antérieures au mariage, pour être à la charge de la communauté, soient constatées par acte authentique ou autre ayant une date certaine ; faute de quoi le paiement ne peut en être exigé qu'après la dissolution de la communauté ; ce qui est conforme à l'ancien droit, mais différent de celui du Code, qui, dans ce cas, permet au créancier de se faire payer pendant le mariage, sur la nue propriété des biens de la femme ; disposition nouvelle que les Commissaires n'ont pas cru devoir adopter.

Les quatre articles 1282, 1283, 1284 et 1285 indiquent les charges dont la communauté peut devenir grevée, par suite des successions qui échoient aux époux, pendant le mariage.

Il en résulte que les dettes des successions mobilières sont toutes à la charge de la communauté (1282), tandis qu'elle n'est aucunement tenue de celles des successions immobiliaires, quoique les créanciers puissent, dans ce cas, se faire payer sur les biens de la communauté, sauf récompense en faveur de la femme, si c'est au mari que la succession est échue (1283) si c'est à la femme, et que le mari l'ait autorisée à l'accepter, elle est tenue envers les créanciers sur tous ses biens; mais si elle n'a accepté que sous l'autorité de justice et que les biens de la succession soient insuffisants les créanciers ne peuvent attaquer ceux qui lui sont personnels, qu'après la dissolution de la communauté (1284). Enfin si la succession se compose de meubles et d'immeubles, la communauté contribue aux dettes en proportion de la valeur du mobilier dont elle profite (1285).

Tout ce qui précède n'empêche pas les créanciers d'une succession mobiliaire et immobiliaire en même temps, de se faire payer sur les biens de la communauté, soit que cette succession soit échue au mari ou à la femme, du consentement de ce dernier, ou même avec autorisation judiciaire, si dans ce dernier cas, le mobilier en a été confondu avec celui de la communauté (1287). Si, sur le refus du mari, la femme est autorisée par justice, à accepter la succession, les créanciers peuvent se venger sur tous les biens qui en dépendent; mais au cas d'insuffisance, ils doivent, pour le reste, attendre la dissolution de la communauté, si toutefois il y a eu inventaire (1288). Dans tous les cas où le mari a négligé de faire faire cet inventaire, la femme et ses héritiers, pour établir les récompenses et autres droits qui leur sont dus, peuvent y suppléer et en faire preuve par titres, papiers et témoins, et même par la commune renommée. Ce privilége ne s'étend pas au mari ni à ses héritiers. Toutes ces dispositions énoncées aux articles qui précèdent, relatives au paiement des successions, sont également applicables à celles qui résultent des donations. Ces règles sont conformes à l'ancienne jurisprudence et au nouveau droit; quelques-uns même étant copiés *verbatim* du Code Napoléon (1289).

L'article 1290, qui permet aux créanciers de la femme de se payer non-seulement sur les biens de cette dernière, mais encore sur ceux de la communauté et sur ceux du mari, des dettes qu'elle a contractées avec le consentement de ce dernier, est reproduit de l'article 1419 du Code Napoléon, et est conforme à l'ancienne jurisprudence (1290). Il était à peine nécessaire de dire, comme le fait l'article, que la femme qui contracte en vertu de la procuration de son mari, oblige la communauté et son mari, mais ne se lie pas elle-même (1291).

§ 2. *De l'administration de la communauté et de l'effet des actes des époux.*

L'article 1292 se compose, en partie, des dispositions des articles 1421 et 1422 du Code Napoléon, auxquels il est substitué.

Les deux premières dispositions se composent de l'article 1421, et sont en tout conformes à la Coutume de Paris, à celle d'Orléans, et à l'ancienne jurisprudence française, suivie dans tous les pays de coutume. Le dernier paragraphe est au lieu de l'article 1422, dont il diffère beaucoup. Ce paragraphe permet au mari de disposer par donation et à titre gratuit entrevifs, des biens tant mobiliers qu'immobiliers de la communauté, pourvu que ce soit en faveur de personne qualifiée à acquérir à ces titres et sans fraude.

Le Code, dans l'article précité (1422), a restreint ce pouvoir du mari, en déclarant, par exception à son article précédent, que le mari ne peut disposer entrevifs, à titre gratuit, d'aucune partie des immeubles de la communauté ni même de l'universalité ou d'une quantité des meubles qui la composent, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs; tout ce qu'il lui est permis de faire, c'est de disposer à titre gratuit et particulier, en faveur de toute personne, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit.

L'on n'a pas cru devoir changer la loi ancienne, qui a paru plus conforme aux principes sur lesquels est fondée la communauté conjugale, qui diffère si essentiellement de toute

autre société.[1] Si le mari peut vendre un immeuble et en dissiper le prix, sans que la femme ait rien à y voir, pourquoi ne pourrait-il pas le donner, pourvu qu'il le fasse sans intention de frauder les droits de la femme ou de ses héritiers? Pothier est même d'avis, contrairement, il est vrai, à celui de Lebrun, qu'il n'y avait ni fraude ni excès de pouvoir dans la réserve que le mari faisait, pour lui seul, de l'usufruit de l'objet appartenant à la communauté dont il avait fait don. L'article soumis ne va pas aussi loin; il est laissé à la doctrine de décider, d'après les circonstances, si une pareille réserve serait ou non frauduleuse et partant nulle ou valide (1292).

Comme les pouvoirs exorbitants du mari sur les biens de la communauté, ne s'étendent pas au-delà de sa durée, il était à peine nécessaire de déclarer qu'il ne peut léguer que la part qu'il y a, et que si l'objet qu'il lègue ne tombe pas dans son lot, le légataire ne peut qu'en réclamer la valeur contre les héritiers du testateur. Cette règle a cependant été reproduite de l'article 1423 du Code, dans lequel on avait cru devoir l'insérer (1293). A plus forte raison elle a été appliquée à la femme.

Les amendes et condamnations pécuniaires pour contraventions ou délits, prononcés contre le mari, sont à la charge de la communauté; il n'en est pas ainsi de celles encourues par la femme, lesquels ne sont exécutoires que sur ses biens personnels, après la dissolution (1294). Quant aux condamnations emportant la mort civile, elles n'affectent la communauté que pour la part de celui des époux contre lequel elles sont prononcées (1295). Cette règle, qui paraît juste et conforme au principe, puisque la condamnation met fin à la communauté, n'était cependant pas universellement admise sous l'ancienne jurisprudence française. L'article décide la question controversée de savoir si la femme confisquait sa part de communauté, ou si elle restait au mari, à l'exclusion du fisc Pothier, (*communautés* 501 *et* 502), prétend que la part de la femme au cas précité, restait au mari en vertu du droit appelé *jus non decrescendi;* pourtant la jurisprudence contraire

paraît avoir prévalu antérieurement au Code, qui l'a consacré par son article 1425, que les Commissaires ont adopté, comme plus conforme au principe déjà suivi, quant à l'effet des condamnations emportant la mort civile (1295).

L'article 1299, conforme en tout à l'ancienne jurisprudence, diffère de l'article 1426 du Code Napoléon, en ce qu'il déclare que les actes faits par la femme, avec l'autorisation de la justice, n'engagent les biens de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en profite, tandis que l'article 1426 l'en exonère complètement, lors même qu'elle en a profité ; ce qui paraît injuste et contraire au principe "que l'on ne doit jamais s'enrichir aux depens d'autrui." Ce changement, introduit dans notre article, est d'accord avec l'avis de Pothier, (*communauté* 255 *et* 256). Il y avait cependant, sous l'ancien droit, une exception à la règle qui interdit à la femme le droit de s'obliger et d'engager les biens de la communauté sans l'autorisation maritale ou judiciaire, c'était le cas où elle le faisait pour tirer son mari de prison, ou, en son absence, pour l'établissement des enfants communs. Cette faculté qui lui était reconnue par la jurisprudence des arrêts antérieure au Code Napoléon, n'y a pas été admise ; au contraire, l'article 1427 déclare positivement que, sans l'une ou l'autre des autorisatians précitées la femme ne pourrait ni s'obliger elle-même ni la communauté, même pour tirer son mari de prison ni pour établir les enfants communs.

Les Commissaires ont préféré cette règle et en ont proposé l'adoption au moyen de l'article 1297 qui a été adopté en amendement à la loi ancienne. Dans tous les cas, si l'autorisation du mari ne peut pas s'obtenir, celle du juge est toujours possible, et l'on ne voit pas pourquoi l'on dispenserait la femme d'avoir recours à l'une, lorsqu'elle ne peut se procurer l'autre.

Les droits du mari sur les biens de la communauté ont été exposés dans les articles qui précèdent; dans ceux 1298, 1299, 1300 sont indiqués les droits qu'il peut exercer sur les biens personnels de la femme. La nullité du bail fait pour plus de neuf ans, est prononcé par l'article 227 de la Coutume

de Paris, et est attestée par Pothier (*Puiss. Marit.*, 93, 94). L'article 1429 du Code Napoléon a, sous ce rapport, introduit un changement que quelques commentateurs ne regardent pas comme une amélioration, et qui n'a pas été accueilli par les Commissaires ; ils ont préfére s'en tenir à l'ancienne règle. Quant aux baux faits par anticipation, l'on a suivi à peu près la disposition de l'ancien droit, différant bien peu du nouveau, consigné dans l'article 1430 du Code français.

L'article 1301 est substitué au 1431 du Code Napoleon, qui est supprimé entièrement, vû que la règle qu'il contient a été changée par notre législation, (S. R. B. C., ch. 37, sec. 55). D'après cette loi, de date comparativement récente (4 Vict., ch. 30), la femme ne peut s'obliger pour son mari, que comme commune ; toute obligation qu'elle contracte autrement est nulle. L'article du Code, conforme à l'ancienne jurisprudence française, reconnaît la validité d'une telle obligation en faveur des tiers ; seulement la femme, dans ce cas, a son recours contre son mari ou ses héritiers pour le montant qu'elle est appelée, même en renonçant, à payer en vertu de tels actes. Notre article est différent ; l'acte par lequel la femme s'oblige pour son mari, ne la lie nullement si elle renonce. Les engagements qu'elle contracte avec son mari ont été, dans notre article, assimilés à ceux qu'elle contracte directement pour lui, d'après une présomption admise par les tribunaux, qui ont justement donné cette extension à la loi.

L'article 1302, est au lieu de l'article 1432 du Code Napoléon, qui n'est applicable qu'au cas où le mari se porte garant de la vente faite par la femme, pendant la communauté, d'un bien qui lui est propre. Cette disposition est trop restreinte, puisque ce recours du mari ne se borne pas à ce cas seulement, mais s'étend à tous ceux où il s'est obligé pour l'avantage exclusif de la femme ; c'est ce que déclare le présent article, qui n'a rien de contraire à l'ancienne jurisprudence.

Les article 1303 et 1304, quoique sous une forme différente, contiennent les dispositions des articles 1433 et 1437 du Code Napoléon, et sont d'accord avec notre loi ancienne.

Les deux articles 1305 et 1306, sont relatifs au remploi men-

tionné plus haut; l'article 1306, règle une question controversée sous l'ancien droit, savoir si l'accèptation de la femme ne devrait pas se faire lors de l'acquisition même et par l'acte qui la contient. Les commissaires ne voyant pas de raison pourquoi il en serait ainsi, ont adopté l'avis des auteurs qui tiennent que le remploi peut-être accepté par la femme jusqu'à la dissolution de la communauté.

Les deux articles, 1308 et 1309, relatifs aux avantages faits par les conjoints, pendant le mariage, à leurs enfants communs, sont conformes à l'ancienne jurisprudence, et quant au fond, aux articles 1438 et 1439 du Code Napoléon.

L'article 1310 est conforme à l'ancienne jurisprudence et aussi à l'article 1441 du Code Napoléon, sauf le divorce, qui y est admis comme cause de dissolution, et qui n'existe pas pour nous. Quant à l'absence, que notre article classe parmi les causes qui mettent fin à la communauté, le Code Napoléon n'en fait pas mention, probablement parce qu'elle n'est que temporaire et subordonnée au retour de l'absent. Cependant, comme les règles de cette cause de dissolution ont été posées au titre des absents et comme elle demeure absolue et définitive, avec effet rétroactif, si l'absent ne revient pas, on a cru devoir le comprendre dans l'article 1310.

La séparation de biens, de même que celle de corps, se poursuit en justice, devant le tribunal du domicile, pour les causes et sous les circonstances mentionnées en l'article 1311 conforme à celui du Code (1443) et à l'ancienne jurisprudence. Elle n'a d'effet qu'en autant qu'elle est exécutée, suivant les dispositions de l'article 1312 qui ne fixe aucun délai sous lequel doivent être commencées les procédures de l'exécution, tandis que le Code (1443), fixe ce temps à quinze jours après le jugement; délai qui, en tous cas, paraît être trop court; l'on a pensé même qu'il était mieux de ne le pas déterminer du tout, et qu'il suffisait de dire, que tant que le jugement n'est pas exécuté, ou du moins les procédures commencées la séparation est sans effet. C'est dans ce sens qu'est proposé notre article, qui est conforme à l'ancienne jurisprudence (1312). Le jugement est également sans effet, quant aux tiers

s'il n'est publié et enregistré au lieu et en la manière indiqués en l'article 1313. Ces dispositions, imités du Code Napoléon (1444), sont nouvelles, mais jugées nécessaires pour la protection des tiers, assez souvent compromise par ces sortes de séparations.

Quant à ce qui regarde les commerçants voyez l'acte de Faillite.

La femme séparée de biens, recouvre l'administration de ses biens, dispose à son gré de son mobilier, mais ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari ou l'autorité de justice (1318). Au cas où le mari a donné son consentement, il est responsable du remploi du prix ; mais il ne l'est, s'il n'a pas consenti, que dans le cas seulement où il aurait reçu ce prix et en aurait profité (1319). Quelques auteurs prétendent que, sous l'ancien droit, le mari était garant du remploi, même lorsque l'aliénation avait été faite sans son consentement et sous autorité de justice ; que malgré la séparation, il demeurait toujours le conservateur et le garant des immeubles de sa femme. Cette doctrine, réprouvée par Pothier et par Lebrun (cités au bas de l'article), a paru injuste et a été rejetée, comme contraire à la jurisprudence ancienne et au Code Napoléon (1450).

L'article 1320, se compose des deux premiers paragraphes de l'article 1451 du Code Napoléon, duquel il diffère cependant, en ce que ce dernier exige, quant à la séparation de corps et de biens, un acte authentique et les mêmes formalités que dans le cas de la séparation de biens seulement ; en cela, le Code a innové à l'ancien droit, qui faisait distinction entre les deux cas : dans l'un, le retour de la femme chez son mari rétablissait la communauté de plein droit, sans aucune formalité : dans le cas de la séparation de biens, il fallait un acte ou une déclaration au greffe. Notre article décrète la nécessité d'un acte ; et, pour donner au rétablissement la même publicité qu'a eue la séparation, il est ordonné que cet acte soit déposé au greffe, inscrit au registre et au tableau, de même que l'a été le jugement de séparation, d'après l'article 1313 ci-dessus. Ces changements n'ont paru dérogatoires

à l'ancien droit que sous le rapport des formes et pour cette raison le présent article est soumis comme conforme à la loi ancienne.

L'article 1321, comprend les deux derniers paragraphes de l'article 1451 du Code Napoléon, et est le complément de celui qui précède ; il indique les effets du rétablissement de la communauté dissoute par suite de la séparation de biens. Ce rétablissement ne préjudicie pas aux actes légalement faits par la femme, tant qu'a duré la séparation, ni aux droits acquis par des tiers. Sous les autres rapports, la communauté reste ce qu'elle était avant la dissolution.

L'article 1322, d'accord avec le principe déjà adopté au titre des droits civils, au titre de la séparation de corps et au titre des absents, déclare que les droits de survie, appartenant à la femme, ne deviennent exigibles par la dissolution de la communauté, qu'au cas où il en a été ainsi convenu par le contrat. Pour ne pas répéter ici les raisons qui ont engagé les commissaires à trancher, comme ils le font au présent article, la question controversée de savoir, " si la dissolution de la communauté qui arrive par autre cause que la mort naturelle, donne ouverture aux gains de servie même au cas où il en a été ainsi convenu." Ils renvoient aux observations qui ont été faites aux lieux mentionnés plus haut, et spécialement à celles du titre des absents.

DE LA CONTINUATION DE COMMUNAUTÉ.

Le Code Napoléon (1442) a aboli la continuation de la communauté reconnue en France par la Coutume de Paris et par presque toutes les autres coutumes. L'abolition a été motivée, ainsi qu'on le voit par les discussions, sur les difficultés et les embarras résultant de ce système, et sur ce que l'on a cru protéger suffisamment les intérêts des mineurs, au moyen des pénalités imposées à l'époux survivant qui néglige de faire inventaire ; ces pénalités étant : la privation de la jouissance des biens des mineurs à laquelle le survivant a droit, d'après le Code, et aussi les dommages-intérêts dont il est passible, aussi bien que le subrogé-tuteur, si le mineur souffre

du défaut d'inventaire. Pour nous, la première de ces pénalités n'existe pas; puisque d'après notre droit, le survivant n'a pas la jouissance dont il est parlé en l'article 1442 du code français. Quant aux dommages-intérêts, ils sont déjà exigibles, de droit commun, contre le tuteur et le subrogé-tuteur qui ont manqué aux obligations que leur impose leur qualité respective. Ainsi, comme nous n'avons pas ici les moyens de protection que le Code fournit au mineur, il a été cru nécessaire de retenir la continuation de communauté, afin de forcer le survivant à faire inventaire, et prévenir par là les difficultés resultant, presque toujours, de son omission. Au reste, comme la continuation de communauté est encore en usage dans le pays, il fallait bien en exposer les règles, qui sont nombreuses et compliquées. Le Code Napoléon ne pouvant servir de guide sur ce sujet, les règles qui s'y rattachent sont particulièrement prises des arrêtés de Lamoignon, de Pothier et surtout de Pocquet de Livonnière, dont plusieurs des maximes ont été reproduites intégralement.

Toutes les dispositions des articles 1323 à 1337, tirées en grande partie de la Coutume de Paris, et conformes à Pothier, Lebrun, Renusson et autres, ne présentent aucunes difficultés graves et ne requièrent aucunes remarques spéciales.

L'ancienne loi permettait au mineur de se faire restituer contre tous les actes dans lesquels il se trouvait lésé. Les commissaires ont cru devoir changer la loi, et suivant en cela l'exemple du Code Napoléon, ils ont déclaré, en amendement, que le tuteur ne pourra plus, comme par le passé accepter la succession échue à son mineur; qu'il doit être autorisé à cet effet par le juge, sur avis du conseil de famille. Ce changement adopté à l'égard des successions, est également désirable dans le cas de la communauté, et il est déclaré, en conséquence, par l'article 1341 qui est proposé en amendement: que le curateur de la femme mineure ne peut accepter pour elle la communauté, si ce n'est avec l'autorisation judiciaire, et sur l'avis du conseil de famille; mais avec ces formalités, cette acceptation est irrévocable, comme si elle eût été faite par la femme majeure (1341).

Dans tous les cas, la renonciation doit être précédée d'un inventaire fait avec les formalités requises par l'article 1324, lequel exige qu'il soit clos en justice, suivant que le requiert l'article 1456 du Code Napoléon, qui, en cela, est introductif de droit nouveau, puisque par la loi antérieure la clôture de l'inventaire n'était pas requise pour la validité de la renonciation, ainsi qu'on peut le voir en référant à l'article 241 de la Coutume de Paris, qui exige cette clôture pour empêcher la continuation de la communauté, tandis que l'article 237, qui est relatif à l'acceptation, ne parle pas de cette formalité. Les commissaires ont été d'avis qu'elle est requise dans un cas aussi bien que dans l'autre, et, pour cette raison, ont fait adopter en l'article 1342, l'amendement adopté par le Code Napoléon (1456) qui exige, à peine de nullité, que l'inventaire, de la femme renonçante soit clos en justice.

L'article 1343 énumère quelques cas dans lesquels la femme peut renoncer sans faire inventaire; il est conforme à la doctrine de Pothier et des autres auteurs qui ont écrit sur la Coutume de Paris, cependant, les dispositions qu'il contient ne se trouvent pas au code français, ce qui est regardé comme une omission, qui est suppléée au moyen du présent article.

L'article 1344 qui est le complément des deux qui précèdent, est conforme au droit ancien, et surtout a l'ordonnance de 1667, qui en a une disposition particulière; c'est la même règle que celle applicable à l'hériter.

L'article 1345 substitué à l'article 1457 du Code Napoléon, est exactement celui qui a été adopté à l'égard de l'héritier, au titre des Successions, les principes étant les mêmes dans l'un comme dans l'autre cas. Le code français (1457) veut que la renonciation se fasse toujours au greffe. Ce n'est pas l'usage ici, et ce n'était pas non plus celui qui était suivi en France sous l'ancienne jurisprudence. Là, comme ici, la renonciation se faisait par acte authentique, et aussi par déclaration en justice; ce qui avait lieu lorsque la femme, poursuivie comme commune, offrait dans l'instance une renonciation dont elle demandait acte. Quant à la publicité requise par l'article 1457 du Code Napoléon, elle n'était pas

exigée anciennement en France, ni pour la renonciation à la communauté, ni pour celle faite aux successions. Les commissaires ne la croient nécessaire ni dans l'un ni dans l'autre cas, et pour cette raison ont omis la partie de l'article précité, qui y est relative.

De même que dans le cas de l'héritier, la femme poursuivie comme commune, peut même renoncer encore après les délais, tant qu'elle ne s'est pas immiscée, en faisant l'inventaire requis ; seulement elle est, dans ce cas, tenue des frais, si elle est poursuivie comme commune (1342). Cette faculté accordée à la femme de faire inventaire et de renoncer après les délais, est conforme à l'ancien droit différent du code français (1459), qui ne permet cette renonciation, qu'au cas où l'inventaire aurait été fait dans les délais de la loi. Ce changement n'est pas regardé comme une amélioration, et les commissaires ont préféré s'en tenir à l'ancienne règle, qui permet l'inventaire et la renonciation en tout temps, tant qu'il n'y a pas eu acceptation formelle ou tacite ; mais il faut, dans tous les cas, que l'inventaire ait été fidèle et exact, car s'il y a eu diversion ou recélé, la femme, aussi bien que les héritiers, sont à toujours réputés communs et tenus responsables comme tels.

L'article 1349, copié du Code Napoléon (1461), ne se trouve pas textuellement dans Pothier, ni dans aucun autre auteur que l'on ait rencontré ; il est cependant conforme aux anciens principes comme aux nouveaux, et étant purement déclaratoire, il est soumis comme loi ancienne. Les règles qui précèdent sont applicables au cas où la dissolution de la communauté a lieu par la mort civile, comme les autres ; c'est ce que déclare l'article 1350, d'accord avec ce qui a été déjà énoncé (titre des droits civils, art. 21, §§ 7 et 8) que la mort civile dissout le mariage quant aux effets civils ; dissolution qui donne à la femme et à ses héritiers les mêmes droits et impose les mêmes obligations que celle qui provient de toute autre cause. Quant à l'article 1463 du Code Napoléon, il a été omis, comme contenant une règle non-seulement nouvelle, mais directement opposée aux principes généralement

applicables aux successions et à la communauté ; d'après ces principes, la femme commune, comme l'héritier, est censée accepter, si elle n'a renoncé dans les délais. C'est l'acceptation qui se présume, et non la renonciation. Les discussions sur cet article (1463) ne jettent aucune lumière sur les motifs qui ont fait adopter cette déviation à la loi ancienne, que les commissaires ont cru devoir retenir comme préférable à la nouvelle.

L'article 1351, est l'application faite à la communauté des principes déjà adoptés à l'égard de l'héritier, dont la renonciation, faite en fraude de ses créanciers, peut être attaquée par ces derniers.

L'article 1352, différe un peu de l'ancien droit et de l'article 1465 du Code Napoléon, duquel il est pris en grande partie ; par l'ancien droit la femme ne peut se nourrir et loger, aux dépens de la communauté, que pendant les trois mois qu'elle a pour l'inventaire, mais non pendant les quarante jours, pour délibérer ; le Code Napoléon étend ce privilége aux deux délais, mais ne parle pas de ceux qui pourraient avoir été accordés par le tribunal. Cette omission due, sans doute, à l'oubli, est suppléée dans l'article soumis, lequel déclare que le privilége en question durera pendant tout le temps qui est accordé, soit par la loi, soit par le tribunal, pour faire inventaire et pour délibérer (1352).

Du partage de la communauté.

Les articles de cette subdivision indiquent comment se partage l'actif et comment se supporte le passif de la communauté lorsqu'elle est acceptée (1354), les dispositions qu'ils contiennent n'étant que des corollaires des règles déjà posées, ne requièrent que peu d'explications nouvelles.

DE L'ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ.

Les articles 1355 à 1368 sont conformes à l'ancien et au nouveau droit.

DU PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ.

L'article 1369 ne fait qu'énoncer une règle générale applicable à toute société, l'article 1370, pris de l'article 228 de la Coutume de Paris, est aussi conforme au nouveau droit (C. N. 1383) ; il en résulte que : outre la faculté qu'a la femme, de droit commun, de renoncer à la communauté et de se libérer, par ce moyen, de toutes les charges, elle a de plus le pouvoir, tout en acceptant, de n'en être tenu que jusqu'au montant de ce qu'elle amende ; pourvu qu'elle ait fait inventaire, et qu'elle ait rendu un compte exact et fidèle de tout ce qu'elle a reçu ou dû recevoir. Ce privilège s'étend à ses héritiers quoique l'article n'en dise rien.

Quant au mari, il est tenu, envers les créanciers, pour la totalité des dettes qu'il a contractées pour la communauté, sauf recours contre la femme et ses héritiers, au cas d'acceptation (1371) ; mais il ne doit que la moitié de celles, personnelles à la femme, tombées dans la communauté ; à moins que la part qu'elle y a ne suffise par pour acquitter sa moitié de telles dettes (1372.)

La première partie de cet article ne souffre aucune difficulté, elle est prise du Code Napoléon (1485) ; mais Pothier (communauté *n*° 720) enseigne que la règle y contenue est subordonnée à la condition mentionnée en la seconde partie ; laquelle, sur cette autorité, a été ajoutée à notre article, quoiqu'elle ne se trouve pas au Code.

L'article 1374 est nouveau et contraire à l'ancienne jurisprudence française, qui a été changée par notre législation provinciale (S. R. B. C., ch. 37, sec. 55). Suivant cette loi, qui nous est particulière, la femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari, solidairement ou autrement, que comme commune ; l'obligation qu'elle contracte en autre qualité est sans effet ; elle n'en est tenue que pour moitié si elle accepte, et ne l'est aucunement si elle renonce. C'est justement l'opposé de l'ancien droit, reproduit par le Code Napoléon (1487), permettant de poursuivre la femme qui s'est obligée, pour le tout, si l'obligation est solidaire, et pour moitié, si elle ne l'est pas

(1372.) Si n'étant tenue d'une dette que pour moitié, elle en a payé davantage, elle ne peut répéter l'excédant contre le créancier qui a reçu, à moins que la quittance ne constate qu'il y a eu erreur dans le montant payé (1375).

DE LA RENONCIATION A LA COMMUNAUTÉ.

La première partie de l'article 1379 est sans difficulté, elle est conforme à l'ancien et au nouveau droit. La seconde ne s'accorde ni avec l'un ni avec l'autre : suivant la loi ancienne, la femme renonçante ne pouvait garder qu'un seul habillement, tous les autres effets même ceux à son usage, étaient laissés à la communauté. Cette disposition a paru dure et presque révoltante. Le Code, dans l'article 1492, a, sous ce rapport, amélioré la position de la femme, en lui permettant de garder les hardes et linges à son usage ; mais il ne fait aucune mention des bijoux, qui, dans certains cas, sont de grande valeur et doivent, en justice, rester à la communauté, aux dépens de laquelle ils ont ordinairement été acquis. L'on a cru cependant qu'il serait indécent de lui enlever ses gages de mariage, et injuste de la priver des présents qui lui auraient été faits à cette occasion.

C'est d'après cette manière de voir, qu'a été dressé l'article 1380, suivant lequel, la femme garde ses hardes et linges à son usage, ainsi que ses gages et présents matrimoniaux ; les autres joyaux vont à la masse. Ce changement étant nouveau, l'article est adopté en amendement.

SECTION II.

DE LA COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE, ET DE L'EXCLUSION DE LA COMMUNAUTÉ.

L'article 1384 est purement introductif à ceux qui suivent ; il indique les clauses les plus ordinaires, par lesquelles la communauté légale, qui existe de droit commun, peut-être modifiée, changée et même totalement exclue. Ces indications ne sont pas limitatives, les parties peuvent faire bien d'autres

stipulations, pourvu qu'elles ne soient contraires à aucune loi positive.

§ 1. *De la clause de réalisation.*

L'article 1385 est le même, quand au fond, que le 1500e du Code Napoléon ; il en diffère seulement quant à la rédaction qui a été un peu changée ; il définit la clause de réalisation, dont les règles principales sont exposées aux articles qui suivent. C'est à l'époux qui a stipulé l'apport à le justifier (1386). Celui du mari est suffisamment justifié par la déclaration portée au contrat, et celui de la femme par la quittance que le mari en donne, soit à elle-même, soit à ceux qui lui ont fait l'avantage (1387). Ce qui est tombé dans la communauté, en sus de l'apport stipulé, peut être repris par celui des époux auquel il appartient (1388), à cet effet, le mobilier qui échoit à l'un ou à l'autre, pendant le mariage, doit être constaté par inventaire ou autre titre équipollent, à la diligence du mari, qui, à défaut de ce faire, perd son droit de reprise ; tandis que la femme et ses héritiers peuvent suppléer à l'omission au moyen de la preuve testimoniale et même par commune renommée (1389). Cette pénalité imposée au mari, prise de l'article 1504 du Code Napoléon, parait être de droit nouveau ; cependant, comme elle a semblé juste et conforme aux principes, elle a été adoptée en amendement à la loi ancienne.

§ 2. *De l'ameublissement.*

L'article 1390, conforme à celui du Code (1505), définit l'ameublissement, lequel est usité dans le nouveau comme il l'était dans l'ancien droit (1390). Il est général ou particulier, suivant qu'il comprend tous les immeubles, ou quelques-uns seulement (1391), il est déterminé, si l'immeuble mis dans la communauté est spécifié ; et indéterminé, lorsque l'obligation consiste seulement à y faire entrer des immeubles au montant d'une certaine somme convenue (1392). Au premier cas, l'immeuble devient effet de la communauté, comme s'il était meublie ; si bien que le mari peut disposer seul de ceux que la femme a ameublis pour le tout, tandis que, s'ils n'ont été ameublis que pour partie, il ne peut les aliéner que lorsqu'elle

y consent ; quoiqu'il puisse les hypothèquer sans ce consentement, jusqu'à concurrence de la portion ameublie (1293). Plusieurs auteurs (Pothier et Lebrun entre autres) soutenaient que, sous l'ancien droit, le mari pouvait aliéner, sans le consentement de la femme, l'immeuble qu'elle avait ameubli pour une certaine somme seulement, jusqu'à la concurrence de cette somme, contrairement à la doctrine consacrée par le Code Napoléon, qui, dans ce cas, (1507) requiert toujours le consentement de la femme. Cette dernière opinion, qui avait aussi ses partisans (Mornac entre autres,) à paru plus conforme aux principes et à l'intérêt des parties et est adoptée, même comme loi en force.

La première partie de l'article 1394 prise du Code Napoléon, (1508), est aussi conforme à l'ancienne jurisprudence ; c'est là la doctrine de Pothier. Quand à la seconde, elle n'est qu'une réception de la règle contenue en l'article précédent. L'article suivant, qui permet à l'époux, lors du partage, de retenir, pour ce qu'il vaut alors, l'immeuble qu'il a ameubli, est d'accord avec l'ancien et le nouveau droit, et ne souffre aucune difficulté (1395).

§ 3. *Séparation des dettes.*

Les époux ont deux manières de se soustraire respectivement aux dettes contractées par l'un ou par l'autre, avant le mariage ; l'une est l'exclusion de communauté, dont il a déjà été parlée, et l'autre la clause de séparation de dettes, qui fait le sujet du présent paragraphe.

L'article 1396, copié du Code Napoléon (1510), et conforme à l'article 222 de la Coutume de Paris, expose l'effet de cette clause. Entre les parties, peu importe qu'il y ait inventaire ou qu'il n'y en ait pas ; pour elles la clause à son effet, dans un cas comme dans l'autre. Il n'en est pas ainsi quant au tiers ; si le mobilier apporté par chaque époux, n'a pas été constaté par un inventaire ou autre acte équipollent, les créanciers ne sont pas tenus de prendre connaissance de la clause de séparation de dettes ; ils peuvent se venger sur tout le mobilier des époux, comme si elle n'existait pas. Il en est de même pour le mobilier, qui échoit aux conjoints, pendant

le mariage ; il faut qu'il soit constaté, comme dans le premier cas ; autrement la clause est sans effet (1396).

L'article 1397 est l'application au cas, de la maxime : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno ;"* il est copié de l'article 1511 du Code Napoléon (1397).

L'article 1398 est conforme à l'ancien et au nouveau droit ; la raison de la règle qu'il pose, est que les intérêts et arrérages sont une charge naturelle des fruits et revenus des biens propres, que la communauté perçoit, nonobstant la clause de séparation de dettes.

La clause de "*franc et quitte*" est la convention par laquelle les parents de l'un des futurs époux déclarent et se font fort envers l'autre qu'il n'a pas de dettes antérieures au mariage ; c'est par suite de cette obligation que le présent article donne, contre ceux qui l'ont contractée, une action pour garantie et indemnité, à celui qui souffre de la fausseté de cette déclaration. Il est conforme à l'ancien et au nouveau droit (1393).

§ 4. *De la reprise de l'apport franc et quitte.*

L'article 1400 est copié du Code Napoléon (1514) lequel est, lui-même, le résumé de ce que dit Pothier (Com., *nos.* 391 à 411. La clause dont il pose les règles, quoique d'un usage fréquent, est particulière aux contrats de mariage ; elle est dérogatoire au droit commun, et, pour cette raison, est strictement restreinte dans les termes de la stipulation ; c'est ce qu'exprime le présent article, qui est conforme à l'ancien et au nouveau droit.

§ 5. *Du préciput.*

La femme qui renonce à la communauté, n'a droit au préciput qu'au cas où il en a été ainsi convenu spécialement ; à moins de convention expresse, il ne se prend que sur la masse de la communauté, et non sur les biens personnels du prédécédé (1401). Ces règles sont celles de l'ancien droit, reproduites par le Code, art. 1515. Il en est de même au cas de l'article 1402, qui déclare que cet avantage n'est pas sujet aux formalités des donations.

L'article 1403, substitué au 1517e du Code Napoléon, en diffère en ce que ce dernier veut que le préciput soit ouvert

de droit, dans tous les cas, par la mort civile, aussi bien que par la mort naturelle, tandis que le nôtre, conforme à l'ancien droit, ne donne cet effet à la mort civile que lorsqu'il résulte des termes du contrat ; c'est la règle adoptée au titre des droits civils (art. 21, § 8), et plusieurs fois depuis aux titres des successions, des prescriptions et au présent.

L'article 1404, est substitué à l'article 1518 du Code Napoléon, duquel il diffère sous plusieurs rapports. D'abord, l'article 1518 répète la règle adoptée partout dans le Code, que les gains de survie, dont le préciput fait partie, ne deviennent ouverts qu'à la dissolution de la communauté, qui arrive par la mort naturelle ou civile seulement ; tandis que le nôtre répète la règle déjà admise, qu'il est loisible aux parties de stipuler que le préciput, comme tout autre gain de survie, sera exigible à la dissolution de la communauté de quelque manière qu'elle arrive, en faveur de l'un ou de l'autre des époux. Une autre différence, c'est que le Code ne parle que de la séparation de corps, tandis que pour l'objet en question, la séparation de biens a le même effet. Une troisième différence consiste en l'obligation que le Code impose au mari, qui garde le préciput dans l'intervalle entre la dissolution de la communauté et le décés du prédécédant, de donner caution pour le montant qui pourra être dû à la femme en vertu de ce droit. Cette obligation est nouvelle, elle n'existait pas sous l'ancien droit ; elle a paru dure et a été retranchée. La femme, pour ce qui lui est dû à ce titre, court sa chance, comme elle le fait pour son douaire préfix, qui est absolument dans la même position et qu'elle ne peut exiger du vivant de son mari (1404).

L'article 1405, copié du Code Napoléon (1519), déclare que la clause de préciput n'altère en rien les droits des créanciers de faire vendre les objets qui y sont compris. Il était à peine nécessaire de faire cette déclaration ; mais il était important de dire que, dans ce cas, si le préciput a été stipulé exigible, même au cas de renonciation, la femme, en faveur de qui cette réserve est faite, a son recours contre les biens personnels du mari (1405).

§ 6. *De la stipulation de parts inégales.*

La stipulation dont il est question en l'article 1406, n'a rien de dérogatoire au règles générales applicables aux sociétés, dans lesquelles l'on peut toujours convenir que les parts des associés seront inégales, ou consisteront en certains effets particuliers.

La règle posée dans la première partie de l'article 1407 est conforme aux principes applicables aux sociétés en générales et aux notions du droit et de l'équité ; c'est la doctrine de Pothier, suivie dans l'ancienne jurisprudence. La seconde partie, qui déclare nulle, en entier, la clause qui dérogerait à cette règle, a souffert quelques difficultés lors des discussions au Conseil d'état sur l'article 1521 ; l'on prétendait que la clause ne devrait être nulle que pour l'excédant des charges sur les profits ; mais là encore, l'avis de Pothier a prévalu et la nullité pour le tout a été consacrée (1407).

La raison de l'article 1409 est que la clause en question, étant extraordinaire et exorbitante du droit commun, doit être circonscrite dans ses termes, et ne peut être étendue au-delà.

La raison de différence entre le mari et la femme, quant à l'effet de l'article 1410, est que jamais le mari ne peut renoncer à la communauté, tandis que la femme le peut toujours, de quelque manière qu'elle ait été contractée, facultée qu'elle ne peut même pas abdiquer.

L'article 1411 est substitué à celui du Code Napoléon (1525) ; la règle qui contient, quant au droit des époux, de stipuler que toute la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux, a déjà été admise par l'article 1406 ci-dessus. La partie importante est celle qui déclare qu'au cas de cette stipulation, les héritiers de l'époux contre qui elle est faite ont droit d'exercer la reprise de tout ce qui est tombé dans la communauté du chef de celui qu'ils représentent.

§ 7. *De la communauté universelle.*

Il est déjà établi que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes les clauses honnêtes et licites. L'article 1412

déclare qu'il n'y a rien dans la communauté universelle, ou à titre universel, qui soit contraire à la morale ou à la loi.

L'article 1413 n'est que la répétition de ce qui a déjà été dit, que les clauses dont il a été question, sont les plus ordinaires, sans cependant être les seules que les parties puissent faire. Il y en a une infinité d'autres, qui sont également permises quoique moins fréquentes. Il est seulement à propos d'observer que les règles de la communauté légale prévalent dans tous les cas où les parties n'y ont pas dérogé (1414).

§ 8. *De l'exclusion de la communauté.*

L'on a dû retrancher de l'article 1415, pris du Code Napoléon (1529) ce qui, dans ce dernier, est relatif au régime dotal, que nous ne reconnaissons pas ; il est purement introductif à ce qui suit.

I. *De l'exclusion de la communauté.*

L'article 1418, copié du Code Napoléon (1532), contient une règle qui ne se trouve pas dans Pothier, en termes exprès du moins; pourtant elle parait juste, conforme aux principes applicables à ceux qui jouissent d'objets dont ils ne sont pas propriétaires ; tel est, par exemple, l'usufruitier, dont le mari a, quant aux biens en question, tous les droits et obligations (1419).

II. *Séparation de biens.*

L'article 1423, est substitué au 1537e du Code Napoléon, duquel il diffère notablement. Ce dernier, tout en reconnaissant l'obligation réciproque des époux de contribuer aux charges du mariage, déclare qu'à défaut de convention ou d'accord à cet égard, la contribution de la femme est du tiers de ses revenus. Cette disposition est nouvelle et arbitraire ; elle est contraire à l'ancien droit, qui faisait régler par le tribunal la part pour laquelle chacun des époux contribuerait au paiement de ces charges. C'est l'opinion de Pothier, sur laquelle est basé notre article, qui enjoint au tribunal de se guider sur les moyens et circonstances des époux (1423).

L'article 1425, est fondé sur la présomption, qu'au cas y posé, les fruits et revenus ont été laissés au mari pour l'aider

à défrayer les dépenses du mariage. Il est conforme au droit romain et au Code (1425).

CHAPITRE III.

DES DOUAIRES.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Déjà il a été observé que le douaire, le coutumier du moins, n'existe plus en France, depuis la promulgation du Code Napoléon, qui n'en fait aucune mention, et dans lequel l'on n'en trouve aucunes traces.

Avant cette époque, cet avantage en faveur de la femme et des enfants, sur les biens du mari, fait par la loi seule ou par la volonté des parties, était une des conditions les plus importantes et les plus ordinaires du mariage. C'est le premier de ces douaires, appelé coutumier ou légal, qui n'existe plus en France; l'autre nommé conventionnel ou préfix, peut bien encore y être stipulé, mais, alors, il ne forme plus qu'une simple convention de mariage, qui, comme les autres, dépend des contractants, et se régit d'après les règles ordinaires.

Ces deux douaires, sauf quelques modifications notables, dues à notre propre législation, sont encore en existence dans le pays, comme ils étaient en France avant le Code. Le coutumier résulte, de droit, du mariage seul, indépendamment de toutes conventions, s'il n'a pas été exclu ; le préfix, subordonné aux stipulations des parties, auxquelles il doit toujours son origine, est cependant sujet à certaines règles qui lui sont particulières et qui s'appliquent, s'il n'en a été convenu autrement.

Le présent chapitre expose les dispositions relatives à l'un et à l'autre ; plusieurs desquelles sont semblables à celles qui régissent l'usufruit ordinaire, tandis qu'un bon nombre n'ont avec ces dernières aucun rapport.

Le sujet se divise en trois sections ; la première comprenant ce qui est commun au douaire de la femme et à celui

des enfants, au coutumier comme au préfix ; la seconde, ce qui regarde l'usufruit de la femme, et la troisième le droit des enfants.

Cette division a paru préférable à celles généralement adoptées, pour la raison, surtout, qu'elle a permis d'abréger en évitant des répétitions qui, autrement, auraient été inévitables.

L'article 1429, est pris de la Coutume de Paris (261), d'après laquelle le douaire préfix exclut le coutumier; ce dernier n'ayant lieu que lorsqu'il n'y a pas de contrat, ou que dans celui qui s'exécute il n'est fait aucune mention de douaire.

Quelquefois aussi, l'on stipule le douaire coutumier, qui alors est le même que celui qui résulte de la loi seule; l'on peut également stipuler l'un ou l'autre au choix de la femme eu des enfants (1439,) dans ce cas, ces derniers sont liés par l'option de la femme, mais ils ont le droit de choisir si elle meurt sans l'avoir fait (1430).

La raison de l'article 1433 est facile à saisir. Le douaire préfix ne peut exister sans convention, c'est donc au contrat qui le contient qu'il doit son origine, et c'est de sa date que le droit commence. Quant au coutumier, s'il est créé par la loi seule, sans stipulation, c'est la célébration du mariage qui lui donne l'être, et c'est de cette époque que le droit existe; mais s'il est stipulé, c'est au contrat qu'il doit son origine, et c'est de sa date que le droit prend naissance (1433).

L'article 1434, conforme à la Coutume de Paris (248), détermine la portion des biens du mari sujette au douaire coutumier : c'est la moitié des immeubles dont il est propriétaire lors du mariage, ou qui lui échoient, pendant sa durée, en ligne directe (1434). Dans ces immeubles ne sont pas compris ceux qui ont été ameublis, ni ceux se composant d'objets mobiliers, stipulés propres, d'après la clause de réalisation (1435).

Les articles 253 et 254 de la Coutume de Paris, relatifs au douaire coutumier résultant des seconds mariages, sont résumés dans l'article 1436. Dans ce résumé, l'on s'est efforcé de comprendre en aussi peu de termes que possible, les dispo-

sitions de ces deux articles, qui sont longs, compliqués et assez difficiles à saisir (1436).

L'article 1438 déclare que le douaire est un droit de survie, et que la mort naturelle y donne ouverture. L'ancienne doctrine, en France, était que pour le douaire, comme pour les autres gains de survie, la mort naturelle seul le rendait exigible. L'on allait jusqu'à prétendre que l'on ne pouvait stipuler valablement que la mort civile ou la séparation y donnait ouverture. Cette jurisprudence a été pendant un temps du moins, maintenue dans nos tribunaux ; cependant, elle a paru contraire au principe "que les contrats de mariage sont succeptibles de toutes conventions légitimes et honnêtes," et en conséquence, la validité de la convention est reconnue, au sujet du douaire, comme elle l'a été au sujet des autres gains de survie, dans plusieurs endroits de code (1438).

L'article 1439 est applicable au douaire préfix, comme au coutumier, pourvu que le préfix, n'ait pas été modifié par ce contrat. Aussitôt l'ouverture, l'usufruit de la femme commence et dure tant qu'elle vit ; ce n'est qu'à sa morts que les enfants prennent la propriété, laquelle commence dès l'ouverture, si la femme est décédée avant le mari. Enfin, si la femme et tous les enfants et petits-enfants sont mort avant le père, qui a créé le douaire, il devient caduc et reste à la succession de son mari (1439).

Ce qui est dit à l'article 1440 est applicable au cas seulement où la femme accepte la communauté car autrement tous les biens qui l'ont composée appartiennent au mari ; le douaire peut se prendre sur ceux-ci comme sur ceux qui lui étaient propres ; mais si elle accepte, elle prend sa moitié dans la communauté, et son douaire préfix sur le reste ou sur les autres biens de son mari (1440).

Par la saisine mentionnée en l'article 1441, l'on entend que dès l'ouverture, la femme, et, à son défaut, les enfants, jouissent de suite des fruits et revenus du douaire, s'il consiste en immeubles, et des intérêts du douaire préfix, s'il consiste en des sommes ou rentes ; pourvu toutefois que ces objets se

trouvent alors dans la succession du défunt ; mais s'ils sont passés en mains tierces, il faut une demande judiciaire pour faire courir les fruits et intérêts. C'est la distinction qu'expose l'article qui est expliqué par les autorités citées au bas.

La première partie de l'article **1443**, se résume à dire que le mari ne peut vendre, aliéner ou hypothéquer l'immeuble sujet au douaire : c'est l'ancienne loi : mais l'article va plus loin, en déclarant que le simple consentement de la femme n'affecte en rien ni son propre droit ni celui des enfants, si ce n'est au cas de la renonciation expresse que lui permet de faire l'article suivant. Autrefois, si la femme aliénait avec son mari, elle ne liait pas les enfants, mais elle se liait elle-même, si bien, qu'étant garante de l'acquéreur, elle ne pouvait le troubler dans sa jouissance ; ainsi, elle perdait son usufruit, mais à son décès, les enfants entraient en possession de la propriété, nonobstant l'aliénation de leur mère, à moins qu'ils ne se portassent ses héritiers. Sous ce rapport, l'ancienne jurisprudence a été changée ; l'obligation de garantie, que contracte la femme en aliénant conjointement avec son mari, est nulle et sans effet, depuis que notre législature a déclaré, (par statut, ch. 37, S.R.B.C., sect. 42), que la femme ne peut valablement s'obliger pour son mari, que comme commune en biens seulement. La garantie qu'elle contracte, dans le cas posé, est donc nulle, et c'est pour cette raison que l'article déclare que l'aliénation de l'immeuble sujet au douaire, fait avec ou sans le consentement de la femme, même avec l'autorisation de son mari, est sans effet, non seulement à l'égard des enfants, mais même à l'égard de la femme, sauf l'exception de l'article suivant.

Par exception à l'article précédent, la femme majeure peut renoncer à son douaire préfix ou coutumier, pour permettre à son mari de vendre, aliéner ou hypothéquer l'immeuble qui y est affecté (1444). Cette renonciation a l'effet de libérer l'immeuble de toute réclamation que la femme peut y avoir à titre de douaire, et cela sans recours aucun pour l'indemnité ou récompense contre le mari (1445). Il y a plus, cette renonciation affecte également les enfants qui sont privés de

leur droit, comme douairiers, sur les immeubles ainsi aliénés par le mari et déchargés par la femme (1446). Voyez 27, 28 V. ch. 40.

Ces trois articles sont encore dus à notre législation provinciale, qui a introduit des règles nouvelles, dérogatoires à l'ancienne jurisprudence, et qui ne se peuvent justifier que sur la défaveur dans laquelle paraissent être tombés les douaires, dans le pays, depuis certain nombre d'années.

D'après l'ancien droit, la femme pouvait bien s'obliger avec son mari, et par là compromettre son propre droit dans le douaire, d'une manière indirecte ; mais dans ce cas, elle avait un recours d'indemnité pour ce qu'elle était obligée de payer, par suite de l'obligation qu'elle avait ainsi contractée avec ou pour son mari ; tandis que d'après la loi nouvelle, non-seulement elle peut renoncer directement à son douaire, mais elle ne peut réclamer aucune réponse pour ce droit ainsi cédé ; disposition qui résulte également du second des articles qui est une suite et une conséquence du précédent. Le troisième, après avoir permis à la femme de renoncer à son propre droit, va plus loin, en déclarant qu'en le faisant, elle détruit aussi celui de ses enfants, qui ne peuvent attaquer les immeubles que leur mère a ainsi déchargés. Cette disposition, applicable non-seulement à l'avenir mais encore au passé, paraît assez injuste et contraire à tous principes d'équité et de saine législation ; et cependant, comme la loi est claire et précise. il fallait l'énoncer : c'est ce qui est fait au moyen de l'article 1446, qui restreint cependant ce droit de renonciation au cas où il est question, par le mari, d'aliéner ou hypothéquer l'immeuble sujet au douaire. Elle serait sans effet sous toutes autres circonstances et dans tout autre but.

La 27, 28 V. c. 40, s. 9, pourvoit à ce qu'après la mort de la femme, l'enfant majeur peut renoncer à son douaire dans le cas où sa mère eut pu le faire. Cet acte amende le ch. 36, S. R. B. C.

Les dispositions de l'article 1447, qui concernent le douaire coutumier non ouvert, résultent de l'ancien droit et de l'absence d'expressions qui le rappellent dans les lois sur

l'enregistrement et les hypothèques, tant par rapport aux mariages antérieurs à l'introduction de ces lois que par rapport à ceux contractés depuis. Telle a été du moins l'interprétation constante confirmée par les tribunaux.

Il paraît donc clair que lorsqu'il n'y a pas eu de contrat de mariage, ayant pour effet d'exclure le douaire coutumier, le cas n'est pas atteint par ces lois, et qu'il n'y a rien à enregistrer. Le présent article comprend dans sa règle le cas du contrat de mariage qui stipule le douaire coutumier, même fût-il optionnel avec un douaire préfix, parce qu'il serait injuste que, les parties ayant déclaré vouloir se soumettre à la loi et profiter de ses avantages, on trouvât en cela même une raison de les en faire décheoir. Le jugement cité s'étend expressément à ce point. Là le douaire était ouvert, et la douairière se présentait pour réclamer sur le prix. La validité du décret, dans le cas du douaire ouvert ou non, n'y est pas directement en question, mais le jugement a une portée qui confirme notre article.

Un argument favorable à l'exercice du douaire coutumier non ouvert, nonobstant le défaut d'enregistrement, et partant au maintien de l'ancienne loi à cet égard, même dans le cas du décret, peut se tirer de la section 10e de l'ordonnance d'enregistrement, qui, en indiquant un mode spécial pour certains enregistrements, dont la forme ne paraissait pas claire, ne dit rien du douaire coutumier ; si on eût voulu l'inclure, on aurait parlé ici soit de l'acte de célébration du mariage, soit de quelque autre document destiné à manifester le douaire.

L'exception du second paragraphe, quant à la propriété, et le règlement du mode de distribution du prix, par ce paragraphe et le suivant, sont de droit ancien, et demeurent dans leur intégrité.

Le douaire coutumier ouvert n'est pas sujet aux dispositions de l'article, et les règles ordinaires sont suffisantes. Il en est de même quant au douaire préfix ouvert, soit qu'il consiste en un immeuble ou en une créance, ainsi qu'il est dit à la fin de l'article suivant, (1448).

Le douaire préfix, même non ouvert, est déclaré par ce

dernier, sujet aux lois d'enregistrement. Cette règle doit remonter à l'introduction de ces lois mêmes.

Quoique les deux décisions citées paraissent différer quant aux contrats de mariage antérieurs à cette introduction, la tendance commune de l'une et de l'autre est d'affirmer la règle quant aux contrats postérieurs. Les commissaires, en suivant la décision dans la cause de Forbes contre Legault, n'ont pas cru devoir consigner d'exception quant aux contrats de mariage antérieurs, qui profitent au surplus des avantages que l'enregistrement, avant le 1er novembre 1844, était destiné à leur conserver.

La seconde disposition de cet article, celle qui a rapport à la purge par le décret et les procédures analogues, quoiqu'elle ne soit pas aussi directement exprimée que la première dans les lois sur l'enregistrement, doit en être une suite, et s'étendre, au cas où l'enregistrement a eu lieu, comme dans les autres cas de créance ou de propriété. Il en a été jugé ainsi par l'acte de la 25e Victoria, chapitre 11, dont on ne pourrait concilier autrement l'ensemble des dispositions, et qui ne prétend même pas en cela établir une règle nouvelle quant au douaire, puisqu'il est expressément applicable aux contrats de mariage alors existants, et qu'il serait énorme de supposer là une intention de rétroactivité : et même, quoiqu'il en soit de la date où les règles de cet article ont dû commencer d'être en force, il suffit qu'elles soient reconnues exister maintenant, les commissaires ne pouvant faire mieux sur un sujet où la législation successive a été très-compliquée, que de laisser à l'examen des tribunaux les questions de droit transitoire, dont le nombre ira en diminuant. Ainsi, les droits soumis à l'enregistrement, bien qu'enregistrés, et à plus forte raison ceux qui devant l'être ne l'ont pas été, demeureront soumis à la purge. Les intéressés au douaire préfix, soumis aux conséquences du défaut d'enregistrement, peuvent bien l'être également à la purge, puisque, d'après celles des lois sur les hypothèques qui affecte la procédure, il n'est pas nécessaire que ceux dont les droits sont enregistrés se soient présentés pour faire régler l'ordre de distribu-

tion, où il sera du devoir des tribunaux de faire droit sur le douaire non ouvert, comme dans le cas d'autres créances conditionnelles, ou d'après des dispositions spéciales consignées en ce code ou au Code de procédure civile.

La première partie de l'article 1449 ne souffre aucune difficulté; l'on a toujours admis que la prescription ne courait pas contre le douaire, tant qu'il n'était pas ouvert. Quant à la seconde partie, qui fait courir la prescription contre les douairiers majeurs à compter de l'ouverture du vivant de la mère, elle suscitait autrefois quelque difficulté; l'on prétendait que, si l'immeuble avait été aliéné pendant le mariage, avec la garantie de la femme, la prescription ne courait contre ses héritiers qu'à compter de son décès. La raison sur laquelle était fondée cette distinction n'existant plus, l'article est en tout correct et conforme à la jurisprudence ancienne (1449).

SECTION II.

DISPOSITIONS PARTICULIÈRES AU DOUAIRE DE LA FEMME.

L'article 1450 est l'expression de l'article 257 de la Coutume de Paris, qui cependant est relatif au don mutuel que les époux pouvaient, suivant l'ancien droit, se faire, pendant le mariage. Comme l'abolition de ce don mutuel est proposée, il ne reste que la donation mutuelle, que les parties peuvent se faire par le contrat même. C'est à cette espèce de donation que l'article s'étend; la règle qu'il pose lui et tout aussi applicable qu'elle l'était au cas du don mutuel de l'ancien droit (1450).

La règle que contient l'article 1451, tiré de Lamoignon, et émise par Pothier, déclare uniquement que le douaire préfix qui consiste en deniers ou rentes, est une créance ordinaire, qui se poursuit comme tout autre semblable, contre les héritiers ou représentants du mari (1451).

L'article 1452 déclare que la douairière n'est pas tenue de rester dans l'indivis pour son usufruit; elle peut se le faire délivrer pour en jouir à part et divis; à cet effet, elle peut demander un partage qui, comme celui obtenu par tout autre

usufruitier, n'est que provisionnel, si les propriétaires n'y ont pas été appelés. Les héritiers du mari ont aussi la faculté de forcer la femme au partage. Loysel exprime le tout en ces termes (règle 21) : "La veuve peut contraindre l'héritier à lui payer son douaire à part, et l'héritier elle de le prendre (1452).

Le douaire de la femme est un simple usufruit qui partant devait être sujet à toutes les règles de l'usufruit. Or, au titre de l'usufruit, il a été établi que l'usufruitier, prend en entrant les fruits pendants, etc., et aussi, qu'à l'expiration de son droit, le nu-propriétaire en fait autant : il acquiert les fruits pendants à cette époque, sans récompense ni dans un cas ni dans l'autre. Cette règle quant à l'usufruit en général, parait juste et plus simple que toute autre. Est-elle applicable à l'usufruit de la femme comme aux autres ? La raison de douter vient de ce que plusieurs auteurs, Pothier entre autres, sont d'avis que cette règle est correcte quant à la femme qui entre en usufruit ; mais qu'elle ne l'est pas quant aux douairiers ou héritiers du mari, qui entrent en propriété, et succèdent à la femme ; que dans ce cas, ils doivent rembourser à ses hérétiers les frais encourus pour faire venir les fruits pendants lors de l'extinction de l'usufruit. Les raisons données par ces auteurs n'ont pas paru convaincantes ; l'on a préféré suivre la règle générale applicable à tous les cas d'usufruit ; c'est ce que fait l'article, qui est proposé comme réglant une question de droit controversée (1453).

L'article 1354 introduit cependant, en faveur de la douairière, un privilége qui lui est particulier : c'est de pouvoir jouir de son droit sur sa simple caution juratoire, sans être tenue de fournir le cautionnement requis de tous les autres usufruitiers ; mais cette exemption ne dure que tant qu'elle demeure en viduité ; si elle se remarie, elle est obligée de donner le cautionnement ordinaire (1454). S'il arrive qu'elle ne le puisse pas faire, elle devient alors soumise, comme les autres usufruitiers, aux dispositions du titre de l'usufruit, etc., (1455).

La règle de l'article 1456 parait, à première vue, contraire

aux principes applicables à l'usufruit en général. Là les baux faits par l'usufruitier expirent avec son droit, sauf l'année commencée, qui peut et doit être terminée par le fermier ou locataire, qui paie le loyer au propriétaire. Telle est la règle établie au titre de l'usufruit, etc., (art. 15), et nul doute que ce ne soit la vraie doctrine pour le cas d'usufruit ordinaire. Mais Pothier et quelques autres auteurs sont d'avis que, dans le cas du douaire une raison de convenance et d'égards envers la mémoire de son mari, exige qu'elle entretienne les baux qu'il a faits, pourvu que ce soit sans fraude et sans anticipation excessive. C'est ce que déclare notre article imité de Lamoignon (Douaire, art. 4).

Il en est autrement quant à ceux que la douairière a faits pendant sa jouissance; comme ceux de tout autre usufruitier, ils expirent avec le droit, sauf quant à l'année commencée (1457), tant que ce droit dure, elle est tenue, pour les immeubles qui y sont soumis, à toutes les charges imposées à l'usufruitier par le titre "De l'Usufruit, etc.," (1458), mais à l'égard des réparations, elle n'est obligée qu'à celles d'entretien, les grosses sont à la charge du nu-propriétaire (1459).

L'article 1460, doit être pris en corrélation avec le 1461e; dans un premier paragraphe, il déclare que la douairière, comme tout autre usufruitier, prend les choses dans l'état où elles sont lors de l'ouverture. C'est la règle du droit romain, quant à l'usufruit en général; c'est aussi celle de l'ancienne jurisprudence française, adoptée au titre de l'Usufruit. Elle est sans difficulté quant à l'usufruit ordinaire; mais avant le Code, il était prétendu en France, par plusieurs, que le douaire faisait exception à la règle; que la femme avait droit de forcer les héritiers du mari à faire les réparations requises pour la mettre en état de jouir avec avantage; en autres termes, lui livrer l'immeuble en bon état de réparation. Les raisons sur lesquelles est fondée cette exception, rapportées par Pothier (Douaire, No. 23), n'ont pas paru satisfaisantes. L'on ne voit pas de motifs valables d'accorder à la femme un privilége refusé à tout autre usufruitier, même dans les circonstances les plus favorables. L'on a donc retenu la règle

du droit romain, suivant l'avis des auteurs qui prétendent qu'elle s'applique au douaire comme aux autres cas (Lacombe, Douaire, sect. 5, No. 1). Le second paragraphe établit la même règle par rapport aux enfants, qui prennent le douaire après le décès de la mère : c'est sans difficulté. Le troisième est relatif aux douairiers et héritiers de la femme qui a joui de l'usufruit, et à ceux du mari ; il trace les différents cas où les uns ont des raisons à faire aux autres et, déclare que les droits et obligations respectifs des parties, sont ceux applicables à l'usufruitier, ainsi qu'exposés au titre de l'usufruit. L'article 1461 pourvoit aux différents cas, où, pendant le mariage, et avant l'ouverture du douaire le mari a fait sur l'immeuble qui est sujet, des augmentations ou des dégradations considérables. Au cas d'améliorations, la femme n'en peut profiter qu'en payant la plus-value, suivant la règle posée au titre "De la propriété" et du titre "De l'usufruit, etc." avec lesquels le présent doit se combiner. Il en résulte que la femme ne saurait être forcée de payer pour les améliorations considérables qui ont été faites sur l'objet de son douaire ; il lui est loisible d'obliger à les enlever, si elle le peuvent être ; mais si elle veut les garder, elle ne le peut faire sans payer. Si elle ne veut pas payer, et que les améliorations ne puissent être enlevées, elle peut demander la licitation de l'immeuble.

Ces principes, applicables à la femme, le sont également aux enfants, qui prennent la propriété, lorsque le douaire n'a pas eu lieu en faveur de la femme, qui serait décédée avant l'ouverture. Le dernier paragraphe de l'article est relatif aux dégradations ; la règle qu'il pose est conforme au droit ancien, et ne souffre aucune difficulté (1461).

Le douaire de la femme s'éteint comme les autres usufruits (1462). Elle peut en être privée pour adultère ou désertion, si le mari s'en est plaint de son vivant, et s'il n'y a pas eu reconciliation. La plainte portée par le mari peut être continuée par ses héritiers ; mais ils ne peuvent prendre l'initiative. A ce sujet, il faut observer que l'adultère et la désertion de la

femme, qui lui font perdre son douaire n'affectent nullement celui des enfants (1463).

L'article 1466, conforme à l'ancienne jurisprudence, definit quels sont les enfants qui ont droit à la propriété du douaire, dont la femme avait l'usufruit (1466). Ce droit est incompatible avec la qualité d'héritier, même bénéficiaire, (1467). Pour y prétendre, l'enfant doit non-seulement renoncer à la succession de celui qui l'a créé, mais encore y rapporter tous les avantages qu'il en a reçus, ou moins prendre dans le douaire (1468). Mais il n'est aucunement tenu des dettes créées depuis le mariage ; quant à celles contractées avant, il y est obligé hypothécairement et avec recours (1469).

Ce qui précède est applicable au douaire coutumier, ou au préfix qui consiste en immeubles ; quant à celui qui consiste en deniers, il est, à toutes fins, reputé mobilier, et se régit d'après les règles applicables aux créances mobilières ordinaires (1470).

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1257. Il est permis de faire, dans les contrats de mariage, toutes sortes de conventions, même celles qui seraient nulles dans tout autre acte entrevifs ; telles sont : la renonciation à une succession non-ouverte, la donation de biens futurs, l'institution contractuelle et autres dispositions à cause de mort.

CHAPTER FIRST.

GENERAL PROVISIONS.

1257. All kinds of agreements, may be lawfully made in contracts of marriage, even those which, in any other act *inter vivos*, would be void ; such as the renunciation of successions which have not yet devolved, the gift of future property, the conventional appointment of an heir, and other dispositions in contemplation of death.

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Introd. Communauté*, *n*° 1 à 11. } 1. C'est un principe, que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions.

Ce terme de *contrat de mariage* se prend ici pour l'acte qui contient les conventions que font ensemble les personnes qui sont sur le point de se marier.

La coutume d'Orléans fait mention de ce principe en l'art. 202, où il est dit : " En traité de mariage, et avant la foi " baillée et bénédiction nuptiale, homme et femme peuvent " faire et apposer telles conditions, douaires, donations, et " autres conventions que bon leur semblera."

Celle de Montargis, chap. 8, art. 8, dit la même chose.

Cette disposition n'est point une disposition locale, et qui leur soit particulière ; elle exprime sur ce point le droit commun.

2. Les contrats de mariage sont tellement susceptibles de toutes sortes de conventions, qu'on y en admet qui, par tout autre acte que par un contrat de mariage, ne seraient pas valables.

Par exemple, quoique par tout autre acte que par un contrat de mariage, il ne soit permis de faire aucune convention sur la succession d'une personne encore vivante, néanmoins on admet dans les contrats de mariage la convention par laquelle un enfant se contente de la dote qui lui est donnée par ses père et mère, et renonce en conséquence à la succession future en faveur des autres enfants, ou de quelqu'un d'eux ; *putà*, en faveur de l'aîné, ou en faveur des enfants mâles.

Quoique par tout autre acte que par un contrat de mariage, je ne puisse pas convenir et promettre qu'une certaine personne sera mon héritière, l'institution d'héritier ne pouvant se faire que par testament, et devant dépendre de la libre volonté du testateur toujours révocable jusqu'à la mort, néanmoins on a admis dans les contrats de mariage les *institutions contractuelles*, par lesquelles l'un des conjoints institue irrévocablement pour son héritier, soit l'autre conjoint, soit

les enfants ou l'aîné des enfants qui naîtront du futur mariage.

Ces institutions contractuelles sont admises même dans les lieux où les coutumes rejettent absolument l'institution d'héritier, jusque dans les testaments dans lesquels elles ne sont regardées que comme de simples legs universels.

3. Enfin, c'est par la faveur des contrats de mariage, que l'ordonnance de 1731 a dispensé les donations qui se font par contrat de mariage aux parties contractantes, ou aux enfants qui naîtront du futur mariage, de plusieurs règles auxquelles elle assujettit les donations, à peine de nullité, comme nous le verrons en son lieu.

4. Le principe que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions, a ses exceptions. Celles qui blesseraient la bienséance publique, quoique faites par contrat de mariage, ne seraient pas valables. Par exemple, il n'est pas douteux que, s'il était dit par un contrat de mariage, " que la femme serait le chef de la communauté de biens qui aurait lieu entre les conjoints," une telle convention ne serait pas valable, étant contre la bienséance publique, que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la famille, *Vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de leur communauté de biens, et qu'au contraire cette communauté ait la femme pour chef.

5. Les conventions qui paraissent tendre à soustraire la femme à la puissance que notre droit municipal a accordée au mari sur elle, sont aussi regardées comme étant, dans nos mœurs, contraires à la bienséance publique, et en conséquence nulles.

C'est pour cette raison que la jurisprudence a déclaré nulles les autorisations générales dans les contrats de mariage, c'est-à dire, les clauses par lesquelles il était porté que le mari, par le contrat de mariage, autorisait sa femme, non-seulement pour administrer, mais même pour aliéner à son gré ses héritages, à quelque titre que ce soit, sans qu'elle eût besoin d'avoir recours pour cela à une autorisation par-

ticulière. Nous avons rapporté *suprà*, en notre traité *de la puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme*, les arrêts qui proscrivent et annullent ces clauses d'autorisation générale, comme tendantes à rendre la femme indépendante du mari, et à la soustraire entièrement à sa puissance.

Cette jurisprudence n'a lieu que dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Ces autorisations générales par contrat de mariage, sont valables dans les coutumes qui les permettent par une disposition expresse, telles qu'est celle de Berry, titre 1, art. 2.

6. Quelque susceptibles que soient les contrats de mariage de toutes sortes de conventions, celles qui contrediraient quelque loi prohibitive ne sont pas valables.

Par exemple, la coutume de Blois défendant à ceux qui ne sont pas nobles, de disposer par donation entre-vifs de plus de moitié de leurs héritages patrimoniaux, ils ne peuvent valablement en disposer, même par contrat de mariage.

7. Non-seulement les conventions qui contrediraient ouvertement une loi prohibitive, celles mêmes qui tendent à l'éluder, doivent être déclarées nulles, quoique portées par des contrats de mariage.

Telles sont les conventions par lesquelles on conviendrait "que la femme aurait sa part dans la communauté, franche de dettes, ou qu'elle en serait tenue pour une moindre partie que celle qu'elle a dans l'actif;" car ces conventions tendent à éluder une loi prohibitive qui défend aux conjoints de se faire aucun avantage direct ou indirect pendant le mariages, en laissant au mari le pouvoir d'avantager sa femme pendant le mariage, en faisant des acquisitions dans lesquelles la part qu'aurait la femme, serait payée par le mari, en tout ou en partie. V. ce que nous disons de ces conventions, dans notre *Traité de la communauté*, part. 1, ch. 3, art. 1, § 1.

8. Ce principe, "que les conventions qui laissent aux conjoints le pouvoir de s'avantager durant le mariage, ne sont pas valables," ne doit pas néanmoins être pris trop à la rigueur; car l'ordonnance de 1731, art. 8, permet dans les

contrats de mariage les donations universelles faites entre conjoints, sous la réserve de disposer d'une certaine somme qui demeurera comprise dans la donation, si le donateur n'en dispose pas, quoique cette réserve laisse en quelque façon au pouvoir du conjoint donateur d'avantager, ou non, l'autre conjoint durant le mariage, en disposant ou ne disposant pas de cette somme.

9. Le principe "que les conventions qui tendent à éluder une loi prohibitive sont nulles, même dans les contrats de mariage," y a fait rejeter la convention que la femme ne pourrait renoncer à la communauté, et celle par laquelle elle renoncerait au privilège qu'elle a de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en a amendé. Ces conventions vont à éluder la loi qui défend au mari d'engager les propres de sa femme malgré elle.

10. On ne doit pas non plus admettre dans un contrat de mariage la convention que le survivant ne serait pas tenu, après la mort du prédécédé, de faire inventaire pour dissoudre la communauté avec les enfants mineurs du mariage, héritiers du prédécédé, ni celle par laquelle on le dispenserait de quelqu'une des formalités requises pour cet inventaire.

Voy. arts. 658, 818 et s., 1407, 1424 C. C. B. C.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. au Tit.* 10, *Cout. d'Orléans*, *nos* 34-39. } 34. Régulièrement toutes conventions sont permises dans un contrat de mariage (art. 202).— Il faut en excepter, 1o celles qui blesseraient la bienséance publique; telles sont réputées, selon nos mœurs, celles qui tendraient à soustraire en quelque façon la femme à la puissance maritale. C'est sur ce fondement que les arrêts ont réprouvé dans les contrats de mariage les clauses par lesquelles des femmes étaient autorisées à disposer à leur gré, même de leurs immeubles, et ont restreint ces clauses aux seuls actes d'administration ; arrêts

du 9 mars 1712, au tom. 6, du *Journal;* du 19 juill. 1721, tom. 7; du 27 mai 1702, dans Augeard (à sa date).

35. Il faut, 2° en excepter celles qui tendraient à éluder quelque loi prohibitive. C'est pour cela que les clauses qui laissent indirectement au mari le pouvoir de s'avantager des biens de la communauté aux dépens de sa femme, ou d'en avantager sa femme à ses dépens, ne sont pas valables.— Telle est celle par laquelle on conviendrait que les conjoints n'auraient aucun remploi du prix des propres aliénés : car cette clause laisse indirectement au mari le pouvoir d'avantager durant le mariage sa femme, en aliénant les héritages propres de lui mari ; ou de s'avantager lui-même aux dépens de sa femme, en aliénant les héritages ou procurant le remboursement des rentes propres à sa femme.

36. Telle est pareillement celle par laquelle les parties, en se mariant sans communauté de biens, se réserveraient néanmoins le pouvoir de l'établir, si bon leur semblait, pendant leur mariage : car cette communauté, qu'ils établiraient par un nouveau consentement durant leur mariage, serait un avantage fait durant le mariage à celle des parties à qui elle serait avantageuse. C'est pourquoi une telle clause est nulle, comme laissant aux parties le pouvoir de s'avantager durant le mariage.

37. Telle est aussi celle par laquelle il serait convenu que la femme n'aurait que le tiers dans les meubles et conquêts, et serait tenue néanmoins de la moitié des dettes ; ou celle par laquelle on conviendrait qu'elle aurait le tiers des meubles et conquêts franc de dettes : car la première clause laisse au mari le pouvoir de s'avantager aux dépens de sa femme, en faisant de grosses acquisitions dont le prix serait dû ; et la seconde, lui laisse le pouvoir d'avantager par le même moyen sa femme à ses dépens : c'est pourquoi, dans ces deux espèces, la femme, nonobstant ces clauses, doit partager par moitié l'actif et le passif. Qu'on ne dise pas que la seconde clause doit au moins être jugée valable, quant à la première partie qui restreint la part de la femme au tiers ; car cette

première partie est inséparable de la seconde, la femme n'ayant consenti à la réduction de sa part au tiers que parce qu'on la lui accordait franche de dettes : c'est pourquoi la nullité de l'une entraîne celle de l'autre.

38. Ce principe, que les clauses qui tendent à laisser aux conjoints la faculté de s'avantager durant le mariage, sont nulles, ne doit pas être pris trop à la rigueur : car l'ordonnance de 1731, art. 18, approuve les donations universelles faites par contrat de mariage entre conjoints, avec la réserve de disposer d'une certaine somme qui demeurera comprise en la donation, si le donateur n'en dispose pas ; quoique cette réserve laisse en quelque façon au conjoint donateur la liberté d'avantager ou non l'autre conjoint durant le mariage, en disposant de cette somme, ou n'en disposant pas.

39. 3° Les clauses qui tendent à engager les propres de la femme sont aussi nulles ; telles que celle par laquelle il serait dit que la femme serait tenue des dettes de la communauté pour sa part au delà de l'émolument qu'elle y a ; ou qu'elle n'aurait pas d'indemnité pour les dettes pour lesquelles elle se serait obligée pour son mari.

---

* *Renusson, Communauté, 1re partie, ch. 4, n° 1.* } Le contrat de mariage est le plus solennel et le plus favorable de tous les contrats de la société civile. Il est autorisé du droit naturel, du droit des gens, et du droit civil. Il est susceptible de toutes conventions qui ne sont point contraires au droit public et aux bonnes mœurs. La Coutume d'Orléans en contient une disposition en l'article 20, et dit, qu'en traité de mariage, et avant la foi baillée et bénédiction nuptiale, homme et femme peuvent faire et apposer telles conventions, douaire, donations, et autres contraventions que bon leur semblera. *Joannes Galli, in stil. parlament. part.* 5, *quest.* 85, dit que : *Conventiones in contractu matrimonii factæ, sunt tenendæ, quia alias non fuisset matrimonium factum, quod alias factum teneret, et non adimplerentur conventiones, quod esset*

iniquum. On peut déroger par un contrat de mariage à la Loi et à la Coutume, quand elle n'est point conçue en termes prohibitifs, ou qu'elle ne dit pas expressément qu'on sera tenu d'observer ce qu'elle prescrit ; on a voulu laisser cette liberté à ceux qui se marient pour faciliter le mariage.

---

* *Lebrun, Com. Liv.* 1, *ch.* 3, *n°* 4. } Les contrats de mariage sont susceptibles de toutes les clauses, qui ne sont point contre les bonnes mœurs : Ce qui passe en maxime parmi nous ; quoique j'estime qu'il faut limiter davantage l'autorité de ces contrats en matière de dérogations aux coutumes, et qu'il faut excepter celles qui le sont à des dispositions de coutumes fondées sur le droit naturel. Ainsi on ne peut pas rendre la femme chef de la communauté : On ne peut pas stipuler, que le mari aura besoin d'autorisation pour contracter, à moins qu'il ne soit mineur, furieux, ou imbécile ; enfin on ne peut pas dire, qu'il sera permis au mari de renoncer à la communauté.

---

* 11 *Pandectes frs., sur art.* 1387 *C. N.* } 184. Le Code civil consacre ici la maxime que l'acte par lequel les futurs conjoints et leurs familles règlent et déterminent les conditions du mariage, est le plus libre de tous les contrats. Les parties peuvent en général y faire tout ce qu'elles veulent. Elles ne sont gênées que par les bonnes mœurs et l'honnêteté publique qu'il n'est jamais permis de blesser dans quelque occasion que ce soit ; et par les dispositions prohibitives de la loi relatives au mariage. Nous disons *relatives au mariage*, parce que les prohibitions prononcées dans les autres cas ne s'y appliquent point, et qu'on peut, dans ce contrat, faire des conventions qui, dans tout autre acte, ne seraient pas valables.

Par exemple, la donation des biens présents et à venir défendue dans tout autre cas, peut être faite par contrat de

mariage, et reçoit son exécution. Ainsi, encore les donations faites par ce contrat sont affranchies de plusieurs des règles auxquelles elles sont ordinairement assujetties à peine de nullité.

Lors même que la loi régit l'union conjugale et en règle les effets, ce n'est qu'en vertu de la volonté présumée des parties. Elle ne dispose pas dans ce cas, comme le dit Dumoulin, *per se ;* et en vertu de son autorité. Elle n'ordonne pas, par exemple, aux époux d'être communs, puisqu'ils peuvent exclure la communauté. Mais elle suppose qu'ils ont voulu l'être quand ils n'ont point dit le contraire, et elle règle les effets de cette communauté, qui a pour cause immédiate la volonté tacite des parties.

---

* *C. N.* 1387. } La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent.

1258. Sont cependant exceptées de cette règle toutes conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou interdites par quelque loi prohibitive.	1258. All covenants contrary to public order or to good morals, or forbidden by any prohibitory law, are, however, excepted from the above rule.

Voy. autorités sur art. 1257.

---

* 11 *Pandectes frs., sur art.* 1388 *C. N.* } On a toujours considéré comme contraires à la bienséance publique, et en conséquence, comme invalides et nulles, les clauses, quoique faites par contrat de mariage, qui intervertissent l'ordre naturel de l'autorité, et blessent les droits qui appartiennent au mari comme chef. On a toujours regardé du même œil celles qui tendent à soustraire la femme à la puissance maritale. C'est par cette raison que la généralité des Coutumes et la jurisprudence réprouvaient les autorisations générales par lesquelles la femme aurait été habilitée à disposer de ses biens sans avoir besoin du consentement de son mari.

186. Mais rien n'empêchait que la femme ne pût être soustraite à cette autorité pour un objet particulier. La clause par laquelle il était dit, dans le contrat de mariage, qu'elle pourrait disposer sans avoir besoin d'autorisation d'un objet désigné, était valable.

Nous ne voyons rien qui s'oppose aujourd'hui à la validité de la même clause, lorsqu'elle est ainsi restreinte.

On a dit dans les discussions au Conseil, que la question était décidée par l'article 211, aujourd'hui 217 du Code civil, qui exige l'autorisation du mari pour l'aliénation des biens de la femme.

Ce n'est pas cet article qu'il fallait citer, mais le 223e (anciennement 217e), qui porte : "Toute autorisation générale, " même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que " quant à l'administration des biens de la femme."

C'est celui-ci qui tranche véritablement la question. Il ne réprouve que les autorisations générales. Donc il laisse subsister, comme autrefois, celle particulière qui abandonne à la disposition libre de la femme un objet, ou quelques objets désignés et spécifiés.

[ARTICLE 1259.]

1259. Ainsi les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou appartenant au mari comme chef de l'association conjugale, ni aux droits conférés aux époux par le titre *De la Puissance Paternelle*, et par le titre *De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation* au présent code.

1259. Thus the consorts cannot derogate from the rights incident to the authority of the husband over the persons of the wife and the children, or belonging to the husband as the head of the conjugal association, nor from the rights conferred upon the consorts by the title *Of Paternal Authority* and the title *Of Minority, Tutorship and Emancipation* in the present code.

---

* *ff. De pactis, Liv.* 2, *Tit.* 14, *L.* 28 *in prin. et L.* 38. } *L.* 28. Contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur : veluti, si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit, *ne à debitore suo peteret*, aut, *ne intrà certum tempus* (veluti *quinquennium*) *peteret :* nam nec solvi ei sine tutoris auctoritate potest. Ex diverso autem si pupillus paciscatur, *ne quod debeat, à se peteretur*, ratum habetur pactum conventum : quia meliorem conditionem suam facere ei etiam sine tutoris auctoritate concessum est. (GAIUS).

L. 38. Jus publicum, privatorum pactis mutari non potest. (PAPINIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 28. Les conventions contraires aux principes du droit ne sont pas ratifiées par le préteur : par exemple, si un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a promis de ne point exiger de son débiteur ce qu'il lui doit, ou de ne l'exiger que dans un certain temps, par exemple, dans cinq ans : car il ne pourrait pas même recevoir valablement le paiement sans l'autorité de son tuteur.

Au contraire, si le pupille convenait qu'on ne pût exiger de lui ce qu'il doit, la convention serait confirmée ; parce qu'il lui est permis de rendre sa condition meilleure sans l'autorité de son tuteur. (GAIUS).

L. 38. Les particuliers ne peuvent point déroger, par leurs conventions au droit public. (PAPINIEN).

---

* *ff. De administ. et peric. Tutor,* *Liv.* 26, *Tit.* 7, *L.* 5, § 7. } § 7. Julianus libro vicesimoprimo digestorum hujusmodi speciem proponit : Quidam decedens filiis suis dederat tutores, et adjecerat, *Eosque aneclogistos esse volo.* Et ait Julianus, tutores, nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, *ut aneclogisti essent :* nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Julianus. Et est vera ista sententia : nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitùs constitutam. Damnum vero, quodcunque ex tutela quis senserit, et legari, et per fideicommissum ei relinqui potest. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 7. Julien propose cette espèce au livre vingt-un du digeste : Un homme en mourant a donné des tuteurs à ses enfants, et il a ajouté qu'il ne voulait pas que ces tuteurs fussent comptables de leur administration vis-à-vis de personne. Julien décide que si ces tuteurs n'ont pas géré la tutelle de bonne foi, ils doivent être condamnés, quoique le testament porte qu'ils ne seront pas comptables. Ce sentiment est très juste : car il n'est permis à personne de déroger au droit public par de semblables clauses, et de changer la forme établie par les anciens. Mais on peut léguer à quelqu'un, ou lui laisser par fidéicommis, la réparation du tort qu'il aura souffert relativement à une tutelle dont il est chargé. (ULPIEN).

---

* *ff. De pactis dotalibus, Liv.* 23, *Tit.* 4, *LL.* 5, 6. } *L.* 5. Illud convenire non potest, *ne de moribus agatur, vel plus, vel minus exigatur :* ne publica coërcitio privata pactione tollatur.

§ 1. Ac nec illa quidem pacta servanda sunt, *ne ob res donatas*, vel *amotas ageretur:* quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur : altero jus civile impugnatur.

§ 2. Et si convenerit, *ne ob impensas necessarias ageretur*, pactum non est servandum : quia tales impensæ dotem ipso jure minuunt. (Paulus).

L. 6. Pomponius ait, maritum non posse pacisci, *ut dolum solummodo in dotem præstet:* videlicet propter utilitatem nubentium : quamvis pacisci possit, *ne sit periculo ejus nomen debitoris qui ei dotem promisit :* nam et *ut si dos periculo mulieris*, pacisci eum posse probat : et per contrarium, *ut ea dos quæ periculo mulieris est, sit periculo mariti.* (Ulpianus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 5. On ne peut pas faire une convention par laquelle le mari s'engage à ne point attaquer sa femme pour ses mauvaises mœurs; ou qu'il exigera en ce cas plus ou moins que ne portent les lois, parce que la vindicte publique ne peut être arrêtée par aucune convention particulière.

§ 1. On ne doit point non plus admettre des conventions qui auraient pour but d'empêcher le mari d'attaquer sa femme en justice dans le cas où elle lui détournerait quelque chose avec intention de le voler, ou qui tendraient à introduire des donations entre mari et femme ; parce que la première de ces conventions inviterait les femmes à voler leurs maris, et que la seconde est contraire au droit civil.

§ 2. Si on convenait que le mari ne pourrait pas former de demande contre sa femme pour les dépenses nécessaires qu'il aurait faites sur les corps de la dot, la convention ne doit point être exécutée ; parce que ces dépenses diminuent la dot d'autant et de plein droit. (Paul).

L. 6. Pomponius est d'avis que le mari ne peut point se faire accorder par une convention le droit de n'être garant que de sa mauvaise foi, par rapport au choses dotales : ce qui est

ainsi observé pour l'utilité des époux ; quoique le mari pourrait faire une convention portant que l'obligation d'un débiteur qui s'est engagé à lui fournir une dot ne sera point à ses risques. Pomponius pense bien qu'on peut convenir que la dot sera aux risques de la femme, ou au contraire qu'une dot qui devrait être aux risques de la femme sera aux risques du mari. (ULPIEN).

Voy. autorités sur arts. 822 et 1257.

---

* 28 *Merlin, Rép. v° Renonciation*, § 1, *n°* 3, *éd. belge.* } Avant le Code civil, il n'était rien moins que constant que ce principe fût applicable à la clause d'un contrat de mariage par laquelle de futurs époux renonçaient à la faculté que certaines coutumes leur accordaient de se faire respectivement des avantages ; et il régnait, sur ce point, une grande diversité dans les opinions.

" D'un côté, Rodemburg, dans son traité *de jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tit. 3, chap. 4, n° 10, dit que des époux qui, en se mariant sous la loi d'Utrecht, où il est permis aux époux de se donner l'usufruit de leurs biens, ont renoncé, par leur contrat de mariage, à l'exercice de cette faculté, ne sont pas liés par cette Renonciation, et qu'il l'a ainsi décidé lui-même avec plusieurs autres jurisconsultes, dans une espèce qui leur avait été soumise : *respondimus jurisconsulti complusculi donationem valere, quod non impingeret in nostratium leges usufructu tenus donationum conjugalium haud prohibitorias.*

" Abraham de Wesel, *de pactis dotalibus*, tit. 2, n° 113, dit également *irritum esse pactum quo cautum ne unquam futuris conjugibus liceret sibi invicem bonorum usumfructum constituere. Et enim*, continue-t-il, *cum per leges nostrates conjugibus liceat sibi mutuo usufructu gratificari, certe fieri nequit ut pacto caveatur valide ne leges in suo testamento vel usufructus*

datione locum habeant. L. 55, D. *de legatis* 1° *Non enim ex solemni jure, privatorum conventione, quidquam immutari potest.* L. 27, D. *de regulis juris.*

" Voët, sur le Digeste, titre *de pactis dotalibus*, n° 20, enseigne la même doctrine. Il rappelle d'abord la maxime, que des époux ne peuvent pas se réserver, par leurs conventions matrimoniales, le droit de se faire, pendant le mariage, des donations prohibées par la loi ; puis il ajoute : *Idemque dicendum de pactis illis quibus tollitur aut coarctatur inter conjuges licentia gratificandi quæ per leges aut consuetudines loci cujusque permissa invenitur: veluti ne conjux conjugi usumfructum Ultrajecti aut in Hollandia proprietatum leget, ut potè quod repugnat libertati testandi.*

" Et remarquez, messieurs, que ces trois auteurs écrivaient, les deux premiers dans la province d'Utrecht, le troisième dans celle de Hollande, où, comme en France, les contrats de mariage ne sont susceptibles d'aucun changement après la cérémonie nuptiale où, comme en France, ces contrats admettent tous les genres de stipulations qui ne sont contraires, ni aux lois prohibitives, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs ; et qu'ils en font expressément l'observation aux endroits cités de leurs ouvrages.

" D'un autre côté, Boullenois, dans son *traité des statuts personnels et réels*, en forme de commentaire sur le premier de ces trois auteurs, tome 2, page 412, soutient que la Renonciation à la faculté de s'avantager, est valable dans les contrats de mariage : *Nous n'adopterions pas*, dit-il, *cette décision* (celle de Rodemburg) ; *les contrats de mariage sont sacrés parmi nous. C'est ordinairement le concert de deux familles ; et c'est, du moins, un contrat qui fait une règle et est une loi irrévocable pour les conjoints et pour leurs parents ; en sorte qu'encore que les conjoints, pleinement majeurs, eussent arrêté entre eux seuls leurs conventions matrimoniales, ils n'y pourraient encore déroger depuis leur mariage. Il importe trop à la tranquillité générale des mariages, que ce qui a été une fois arrêté par des conjoints, entre eux seuls ou avec leurs parents,*

soit stable et permanent... Mais, à cette raison générale, il en faut ajouter une autre particulière, qui est, qu'il n'y a pas d'inconvénient que des conjoints renoncent à un bénéfice que leur offre la loi...

" Le recueil de Bardet nous offre, tome 2, livre 9, chap. 5, un arrêt du parlement de Paris, qui a jugé conformément à cette opinion."

---

* 30 *Merlin, Rép. v^is Sép. de biens, sec. 2, § 5, n° VII, éd. belge.* } VIII. C'est de l'obligation de demeurer avec son mari, qui continue de peser sur la femme, nonobstant la Séparation de biens, que dérive la disposition de l'art. 1448 du Code civil : " La femme qui a obtenu la Séparation de " biens (y est-il dit), doit *contribuer*, proportionnellement à " ses facultés et à celles de son mari, tant aux *frais de mé-* " *nage*, qu'à ceux de l'éducation des enfants communs. Elle " doit supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien à son " mari."

Mais le mari peut-il exiger que la part contributoire de sa femme dans les frais du ménage, soit versée dans ses mains, pour que lui seul en fasse l'emploi, ou la femme a-t-elle le droit d'en régler elle-même l'usage ?

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée.

Le 30 juillet 1778, sentence du châtelet de Paris qui ordonne que la dame de M..., " sera séparée de son mari " quant aux biens, pour par elle jouir, à part et divis, des " biens à elle appartenant et étant en nature, et de ceux " faisant partie de sa dot, ensemble de ceux à elle échus " depuis son mariage, et qui pourraient lui écheoir dans la " suite."

Un créancier du sieur de M.... appelle de cette sentence. Mais elle est confirmée contradictoirement avec lui et son épouse, par arrêt du parlement, du 3 février 1779 ; et en conséquence, elle reçoit son exécution.

Le 16 mars suivant, le sieur de M... passe un acte par lequel il consent que son épouse habite une maison séparée de la sienne.

En 1791, le sieur de M... émigre. Il rentre en France, à la faveur de l'amnistie du 6 floréal au 10; et arrivé à Paris, il descend à l'hôtel de son épouse, où il est reçu avec toute l'attention et tous les égards qu'il peut désirer.

Quelques années se passent ainsi tranquillement. Mais en mai 1806, le sieur de M... fait citer son épouse devant le bureau de paix, à l'effet de se concilier sur l'assignation qu'il se propose de lui donner devant le tribunal de première instance du département de la Seine, " pour voir dire qu'elle " sera tenue de lui justifier de ses biens et revenus..., se voir " condamner à lui remettre, par douzième de mois en mois, " la somme à laquelle sera fixée sa contribution annuelle " aux dépenses communes; sinon, qu'il sera autorisé à " toucher lui-même cette somme des mains des fermiers, " locataires et autres débiteurs de la dame son épouse; et " attendu que la maison par eux occupée, rue de l'Université, " appartient à cette dame, et que sa valeur locative fait partie " des revenus et doit entrer dans la contribution de cette " même dame, voir dire que les loyers de cette maison seront " estimés par experts; sous la réserve par lui, l'estimation " étant faite, d'en conserver la jouissance ou de louer un " appartement commun, moins dispendieux, dans telle autre " maison qu'il trouvera convenable."

La dame de M... comparait sur cette citation, et fait à la demande de son mari, une longue réponse qu'elle résume en ces termes: "en dernière analyse, M. de M... veut que la " comparante contribue aux dépenses de sa maison. Mais " elle seule tient la maison et en a payé les frais, depuis plus " de vingt-cinq ans; elle seule lui donne un appartement " meublé dans cette maison. Il a toujours son couvert mis " à sa table; elle le fait servir, elle fournit enfin à tous ses " besoins. Si elle ne lui demande rien, il a, à son égard, " bien moins à lui demander."

[ARTICLE 1259.]

A défaut de conciliation, l'affaire est portée devant le tribunal de première instance du département de la Seine où il intervient, le 13 février 1807, un jugement contradictoire par lequel,

" Considérant, en point de droit, qu'une Séparation de biens judiciairement prononcée entre deux époux, étant toujours fondée sur la preuve acquise de faits tant de dissipation que de mauvaise administration, détruit la puissance du mari sur les revenus des biens de son épouse ; que, par l'effet de cette Séparation, la femme reprend la libre administration de tous ses biens, et rentre dans son droit primitif et exclusif de faire la recette et la dépense de ses revenus ; que la seule charge que la loi impose, dans ce cas, à la femme. c'est de contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celle de son mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux de l'éducation des enfants communs ; qu'elle doit même supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien au mari ; que les droits résultants en faveur de la femme, de sa Séparation de biens, ne portent aucune atteinte à ceux acquis au mari, soit sur la personne de son épouse, soit pour veiller à la conservation de ses capitaux aliénés et de la propriété de ses immeubles réels ;

" Que, dans l'espèce de la cause et en point de fait, par sentence du ci-devant châtelet de Paris, du 30 juillet 1778, confirmée par arrêt du 13 février 1779, la dame de M... a été séparée de biens, avec faculté d'en jouir à part et divis ; que, depuis vingt-sept ans, ladite dame de M... a toujours géré et administré ses revenus, et continué d'en faire la recette et la dépense ; qu'elle seule a fait les frais du ménage et de la maison commune, sans aucune réclamation de la part de son mari, qui, dans tous les temps, lui en a témoigné, même par écrit, sa satisfaction et sa reconnaissance ; que la dame de M... offre encore de contribuer à faire seule, à l'avenir, comme par le passé, les frais du ménage et de la maison commune, dans la proportion de ses revenus ;

" Qu'enfin exiger de la part du sieur de M..., que son épouse

verse entre ses mains une portion de ses revenus pour les employer aux frais du ménage, ce serait, d'un côté, le rétablir dans la partie la plus importante de l'administration des revenus de son épouse, et de l'autre, exposer celle-ci à tous les dangers de la dissipation et de la mauvaise gestion de son mari dont elle a été garantie par lesdits jugements et arrêts de Séparation, même à payer des dettes qu'il pourrait contracter pour les frais du ménage ;

" Le tribunal ordonne que lesdits sentence et arrêt de Séparation de biens, des 30 juillet 1773 et 13 février 1779, continueront d'être exécutés selon leur forme et teneur ; en conséquence, déboute ledit sieur de M.... de toutes ses demandes ; dépens néanmoins compensés."

Le sieur de M... appelle de ce jugement.

Par arrêt du 5 août 1807, la cour de Paris met l'appellation au néant.

Recours en cassation contre cet arrêt de la part du sieur de M....

" L'arrêt que vous dénonce le demandeur (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 28 juillet 1808), est-il contraire aux articles du Code civil qui placent la femme sous la puissance de son mari ? Telle est la question que vous avez à décider.

" Pour la résoudre, il faut d'abord nous fixer avec précision sur la demande que le sieur M... avait formée contre son épouse, et dont l'a débouté l'arrêt dont il s'agit.

" Le sieur de M.... se bornait-il à demander que son épouse ne supportât plus seule toute la dépense de sa maison, et qu'il fût admis à en supporter une partie qui serait proportionnée à sa fortune actuelle ? Non ; il demandait que son épouse, au lieu de faire elle-même toute la dépense de sa maison, fût condamnée à lui remettre par douzième de mois en mois, la somme pour laquelle il serait jugé qu'elle devrait contribuer à cette dépense ; sauf à lui à y ajouter ce qui manquerait. Il demandait de plus que des experts fussent nommés pour estimer la valeur locative de la maison dans laquelle demeure

son épouse, dans laquelle son épouse l'a reçu, et qui, par-là, est devenue l'habitation conjugale. Il demandait enfin, que, cette estimation faite, il lui fût libre, ou de conserver la jouissance de cette maison, à la charge d'en imputer la valeur locative sur la part contributive de la dame de M.... dans la dépense commune, ou de louer un appartement commun, moins dispendieux, dans telle autre maison qu'il croirait convenable.

" Et le but de ces demandes n'était pas équivoque: c'était évidemment, comme le sieur de M.... s'en est expliqué fort au long dans le cours des plaidoiries, de le constituer maître de la maison conjugale, de lui déférer la dispensation des sommes qui doivent y être employées, de lui assurer le droit exclusif, non-seulement d'en régler les dépenses, mais encore de les payer lui-même.

" En cela, le sieur de M.... était-il d'accord ou en opposition avec le Code civil ? C'est ce que nous avons à examiner.

" Supposons d'abord que la question se présente entre deux époux vivant en communauté ou sous le régime dotal. Supposons qu'un mari, après avoir, pendant plusieurs années successives, abandonné à sa femme le soin des détails du ménage et la manipulation des deniers nécessaires pour y faire face, veuille tout-à-coup s'en charger lui-même: la femme pourra-t-elle prétendre, comme on l'a dit devant le tribunal de première instance, que, ces détails la regardent essentiellement; que, si le mari est le chef du ménage, elle en est le ministre; que le mari, en sa qualité de chef, doit ordonner; et qu'elle, en qualité de ministre, doit agir et payer; et qu'il en est d'un mari comme d'un monarque qui est obligé de se reposer des détails de l'administration, sur des agens supérieurs qui s'en reposent eux-mêmes sur d'autres.

" Sans doute, une pareille défense de la femme serait accueillie dans le monde; sans doute, dans le monde, le mari qui élèverait une prétention à laquelle on opposerait une pareille défense, serait condamné, persiflé, ridiculisé.

" Mais, on l'a dit fort sensément dans cette cause même:

autre chose est le langage du monde, autre chose est le langage de la loi.

" Qu'un monarque ne puisse pas descendre dans les détails de l'administration, il y en a une raison très simple : c'est que le monarque est constitutionnellement affranchi de toute responsabilité ; et que la nation qu'il gouverne, devant trouver dans ses ministres, des agens à qui elle puisse demander compte du maniement des deniers publics, il faut bien que, bon gré mal gré, il laisse faire par ses ministres ce que la constitution a voulu qu'il ne pût faire que par eux.

" Mais une femme, qu'est-elle dans les détails du ménage, à l'égard de son mari ? Un ministre dont il ne puisse se passer ? Non certainement. Elle est, et rien de plus, une procuratrice que le mari peut révoquer d'un moment à l'autre, en se chargeant lui-même des soins qu'il lui confie. Pourquoi, en effet, a-t-on constamment tenu pour maxime, que la femme n'a pas besoin de l'autorisation expresse de son mari, pour l'obliger au paiement de fournitures faites à la maison conjugale ? Parceque le mari est censé, lorsqu'il ne se charge pas personnellement des détails du ménage, les abandonner à sa femme, en qualité de mandataire, *Æconomiæ intuitu* (dit Voët, sur le Digeste, liv. 23, tit. 2, n° 46), *si uxor contraxerit, se maritumque obligatum reddit, quasi et hic, consensu mariti, æconomiæ carum uxori tacite relinquentis* AC COMMITTENTIS, *contractus firmatus sit, dum aliis mariti plerumque distracti minutiis his-ce quotidianis superesse, nec honestum sibi nec commodum experimentur.*

" Et il ne faut pas croire que le Code civil se soit relâché là-dessus de la sévérité des anciens principes. Les anciens principes avaient leur base dans la puissance maritale ; et le Code civil, bien loin de détruire, bien loin d'affaiblir cette base, l'a consolidée, l'a raffermie. Il ne s'est pas contenté de dire, art. 213, que la femme doit *obéissance à son mari ;* il a dit encore, art. 1388, que les époux ne peuvent déroger, par leur contrat de mariage, *aux droits résultant de la puissance*

maritale sur la personne de la femme, ou qui appartiennent au mari comme chef.

" *Comme chef!* La loi ne dit pas *comme chef de la communauté;* elle dit purement et simplement, elle dit d'une manière absolue, *comme chef;* elle le dit par relation à la *puissance maritale* dont elle vient immédiatement de parler; ce qui prouve manifestement que le mari est *chef*, soit qu'il y ait communauté, soit qu'il n'y en ait pas.

" Mais si tels sont les droits du mari, lorsque la femme vit avec lui, soit en communauté, soit sous le régime dotal, en est-il de même lorsqu'il intervient entr'eux une Séparation judiciaire de biens, ou lorsque la femme mariée sous le régime dotal, a obtenu la restitution de sa dot ?

" Pourquoi non ? Ni la Séparation de biens ni la restitution de la dot ne portent atteinte à la puissance du mari. Le mari qui était chef de la maison conjugale, avant la Séparation de biens, avant la restitution de la dot, en reste également chef après la restitution de la dot, après la Séparation de biens. L'autorité en vertu de laquelle il commandait, avant l'une ou l'autre, dans la maison conjugale, il la conserve tout entière après l'une ou l'autre, comme il pouvait auparavant, se charger des détails du ménage, en fixer les dépenses et les payer par lui-même.

" Qu'importe que, par la Séparation de biens ou par la restitution de la dot, la femme acquière le droit d'administrer personnellement ses biens et d'en percevoir elle-même les revenus ?

" La femme qui, pendant le mariage, obtient la restitution de sa dot ou la Séparation de biens, ne fait que se placer dans l'état où elle se fût trouvée, si, en se mariant, elle avait stipulé; ou qu'elle serait séparée de biens d'avec son mari, ou qu'elle posséderait tous ses biens comme paraphernaux. Or, où a-t-on vu que la Séparation contractuelle et la stipulation des paraphernaux transférassent à la femme la qualité de chef de la maison conjugale, et, avec cette qualité, la dispensation des sommes nécessaires au ménage ?

" En même temps que le Code civil assure à la femme séparée contractuellement de biens, ou dont tous les biens sont paraphernaux, le droit d'administrer sa fortune et d'en percevoir les revenus, il lui impose. art. 1537 et 1575, l'obligation de contribuer aux charges du ménage ; et assurément elle ne peut y contribuer qu'en versant entre les mains de son mari sa part contributive, à moins qu'il ne veuille l'autoriser à faire elle-même l'emploi de cette part à l'acquit des charges matrimoniales.

" Telle était, avant le Code civil, la doctrine de tous les auteurs, comme la jurisprudence de tous les tribunaux.

" *La Séparation contractuelle* (dit Bourjon, tome 1, page 511, édition de 1770) *habilite la femme à toute autre administration....* (Mais) *la femme est tenue de* FOURNIR A SON MARI, SUR SES REVENUS, UNE PENSION CONVENABLE ; *devant contribuer aux charges du mariage, sa qualité, sa co-habitation l'assujétissent à cet engagement, qui néanmoins n'affaiblit pas sa jouissance d'un paraphernal. Cela a été jugé au parc civil* (du châtelet), *moi plaidant, contre la dame Langlois, pour son mari.*

" *Si la femme* (dit Pothier, *Traité de la communauté, n°* 464) *qui, en conséquence d'une Séparation contractuelle, jouit séparément de ses biens, refusait de contribuer aux charges du mariage, le mari pourrait la faire condamner à y contribuer: le juge doit en ce cas régler la* PORTION QUE CETTE FEMME DOIT A SON MARI *avec qui elle demeure, à une somme, en égard à ses facultés et à sa qualité; il doit pareillement régler la somme pour laquelle elle doit contribuer aux aliments et à l'éducation des enfants communs.*

" Et il est à remarquer que Pothier ajoute, n° 465 : *En cela, la Séparation contractuelle convient avec celle qui intervient durant le mariage, par une sentence du juge....*

Le Code civil a-t-il dérogé à cette doctrine, à cette jurisprudence ? Non, et bien loin de là.

" A la vérité, il n'explique pas formellement de quelle manière la femme séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement,doit contribuer aux charges matri

moniales. Mais par cela seul qu'il l'oblige de contribuer a ces charges, il décide qu'elle doit verser sa part contributoire entre les mains de son mari ; il le décide, en ne dérogeant point, pour ce cas, à la règle écrite dans l'art. 213, que la femme doit obéissance à son mari, obéissance qui évidemment se réduirait à rien, si la femme séparée de biens pouvait employer elle-même, de sa propre autorité, la somme à laquelle s'élève sa part contributoire ; il le décide, en laissant subsister dans toute son étendue, pour ce cas, la règle écrite dans l'art. 1388, que le mari est tellement le chef de la maison conjugale, qu'on ne peut lui en ôter ni la qualité ni les droits, même par le contrat de mariage ; il le décide surtout par la manière dont est conçu l'art. 1448 : *La femme qui a obtenu la Séparation de biens* (porte ce dernier article), *doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs.* Si la femme, par cela seul qu'elle est séparée de biens, avait le droit d'employer elle-même sa part contributoire aux frais du ménage, elle aurait aussi et elle aurait nécessairement celui d'employer elle-même sa part contributoire aux frais d'éducation des enfants communs. Elle aurait par conséquent le droit de donner à ses enfants tels maîtres, de les placer dans telle pension, qu'elle jugerait à propos, comme elle aurait celui de régler les dépenses du ménage, de les augmenter, de les diminuer à son gré. Or, conçoit-on un pareil renversement de tous les principes ?

" Mais, dit-on, si l'on oblige la femme séparée de biens par un jugement, de verser entre les mains du mari une portion de ses revenus, que deviendra la disposition de ce jugement qui a rétabli la femme dans le droit d'administrer ses propres biens ? N'est-ce pas rendre au mari l'administration d'une portion des revenus de sa femme ? Et peut-on lui rendre l'administration d'une partie, après qu'un jugement lui a ôté l'administration du tout ?

" Vaine subtilité, mauvaise équivoque. Le droit d'administrer emporte sans doute, et il emporte essentiellement, le

droit de passer les baux, de percevoir les revenus, de pourvoir aux réparations. Mais il n'emporte pas toujours, il n'emporte point par soi, le droit de faire toute la dépense.

" Le tuteur d'un enfant dont le père en mourant a confié l'éducation à un tiers, administre les biens de cet enfant, il en fait les baux, il en surveille et règle les réparations, il en touche les revenus ; et cependant il est tenu de verser entre les mains de la personne chargée de l'éducation, la somme à laquelle le père, ou, à son défaut, le conseil de famille, a fixé la pension du mineur.

" La femme mariée sous le régime dotal et dont tous les biens sont paraphernaux, administre elle-même ces biens et en perçoit personnellement tous les revenus. Cependant le mari a le droit d'exiger qu'elle lui remette une somme déterminée pour sa part contributoire dans les frais du ménage.

" Il en est de même de la femme séparée de biens par le contrat de mariage : son mari ne peut pas l'empêcher d'administrer ses propres; mais elle ne peut pas non plus se dispenser de verser entre les mains de son mari le tiers de ses revenus.

" Et pourquoi en serait-il autrement de la femme séparée de biens par jugement ? Elle n'a obtenu cette Séparation, elle n'a obtenu l'administration de ses biens, que parce que le mari, par des baux indiscrets, par le défaut de réparations, par le défaut de recette ou le mauvais emploi des revenus, aurait pu compromettre sa fortune. Elle n'a donc plus à se plaindre, lorsqu'elle touche personnellement les revenus, lorsqu'elle pourvoit elle-même au réparations, lorsqu'elle fait elle-même les baux.

" Mais, dit-on encore, remettre au mari la part contributoire de la femme, ce serait exposer la femme aux suites de la mauvaise administration du mari ; ce serait la faire retomber dans tous les inconvéniens auxquels un jugement fondé sur cette mauvaise administration, l'a soustraite pour toujours.

" D'abord, la crainte de ces suites, de ces inconvéniens, serait bien atténuée par le soin que prendrait le juge de

n'imposer à la femme l'obligation de payer sa part contributoire que par douzièmes, de mois en mois; et, dans notre espèce, le sieur de M.... n'a pas demandé autre chose.

" En second lieu, ces suites deviendraient-elles aussi fâcheuses, ces inconvéniens deviendraient-ils aussi graves qu'on l'appréhende ? Le mari, se livrant à ses goûts dissipateurs, consumerait-il en vaines dépenses l'argent que sa femme lui remettrait successivement pour sa part contributoire ? Alors, le mari refractaire à l'art. 413 du Code civil qui l'assujétit à *fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état*, serait nécessairement coupable envers elle d'*excès* et de *sévices*, qui, aux termes des art. 231 et 306, peuvent fonder une demande en divorce ou en Séparation de corps.

" Objectera-t-on qu'il est possible que le mari, sans porter aussi loin sa mauvaise administration, ne règle pas la dépense du ménage de manière à satisfaire tous les goûts, à contenter toutes les fantaisies de sa femme ?

" Assurément la chose est très possible. Mais qu'en conclura-t-on ? Que le mari, de maître, de chef qu'il est par la loi, n'est plus, par l'effet de la Séparation de biens, qu'un subordonné dans la maison conjugale ? Que la femme qui *doit obéissance à son mari*, acquiert, par la Séparation de biens, le droit de ne plus déférer à ses volontés ? Ce serait une étrange conséquence, ce serait une conséquence diamétralement opposée à la loi ; et c'est cependant à cette conséquence que l'arrêt attaqué a donné sa sanction.

" Enfin, point de milieu : ou il faut que la part contributoire de la femme soit versée entre les mains du mari, ou il faut que la part contributoire du mari soit versée entre les mains de la femme. Car vouloir que le mari et la femme disposassent chacun de sa part contributoire, ce serait une prétention aussi dérisoire en elle-même qu'impraticable dans l'exécution. Quelle serait en effet l'autorité qui, en cas de dissentiment, prononcerait entre les époux sur les dépenses que celui-ci voudrait faire à l'exclusion de celle-là, sur les

parties de l'administration du ménage que l'un voudrait s'attribuer ou rejeter sur l'autre ? Bien évidemment ce serait une source perpétuelle de troubles et de désordres, ce serait une véritable anarchie.

" Ainsi, juger, comme l'a fait l'arrêt attaqué, que la femme ne doit pas remettre sa part contributoire au mari, c'est juger que le mari doit remettre sa part contributoire à la femme ; c'est juger que la femme est le chef du ménage ; c'est violer, c'est bouleverser tous les principes.

" Et vainement a-t-on dit, dans notre espèce, que la dame de M...., jusqu'au moment du procès, avait seule fourni aux dépenses du ménage, et qu'elle consentait d'y fournir seule à l'avenir.

" La femme ne peut pas, par un sacrifice d'argent, acquérir une indépendance qui répugne au vœu de la loi, comme à celui de la nature. Elle ne peut pas, en dispensant son époux, malgré lui, de la loi qui l'oblige de contribuer aux dépenses du ménage, se dispenser elle-même de la loi qui, relativement aux dépenses du ménage, lui interdit d'avoir d'autre volonté que celle de son époux.

" Et d'ailleurs quand même la dame de M.... serait dans le cas prévu par le §. 2 de l'art. 1448 du Code civil, quand même, par l'épuisement total de la fortune de son mari, elle serait forcément réduite à supporter entièrement les frais du ménage, en serait-elle moins assujétie à l'art. 213 qui lui prescrit l'*obéissance* à son mari ? En serait-elle plus maîtresse de s'élever contre l'art. 1387 qui prescrit toute atteinte que l'on chercherait à porter aux droits appartenant au mari, *comme chef* ? Non, messieurs, dans cette hypothèse, comme dans le cas sur lequel a prononcé la cour d'appel de Paris, la puissance maritale survivrait à la Séparation de biens ; et les effets en seraient inévitablement les mêmes.

" Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu d'admettre la requête du demandeur."

La requête du sieur de M.... a été, en effet, admise par arrêt du 28 juillet 1808, au rapport de M. Bailly ; mais elle n'a pas

eu de suite ultérieure, parceque, peu de temps après, la dame de M.... a obtenu un jugement de divorce qui a rendu la question sans objet.]]

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *nos* 4, 6, 7, 10 *à* 17 *et* 21. } La *premiere espece de droit* sur cette matière, est le droit de la coutume de Paris, de celle d'Orléans, et de presque tout le pays coutumier, qui admet entre des conjoints par mariage, lorsqu'ils ne s'en sont pas expliqués, une communauté de biens, qui commence à l'instant de la bénédiction nuptiale, et qui a lieu, quelque peu de temps que le mariage ait duré.

6. La *troisième espèce de droit* sur la matière de la communauté de biens entre mari et femme, est le droit de quelques coutumes, et celui qui a lieu dans les provinces régies par le droit écrit, lequel n'admet pas de communauté de biens entre un homme et une femme qui se marient, s'ils ne l'ont stipulée, mais ne défend pas de la stipuler.

7. La *quatrième espèce de droit*, est celui de la coutume de Normandie. Cette coutume n'admet pas de communauté.

10. La *communauté légale* ou *coutumière*, est celle qui a lieu entre des conjoints par mariage, suivant la loi du domicile qu'ils avaient lors de leur mariage, quand ils ne s'en sont pas expliqués, et qui est composée, tant en actif qu'en passif, des choses dont cette loi déclare qu'elle doit être composée.

Quoique cette communauté soit appelée *légale*, ce n'est pas néanmoins, comme l'observe Dumoulin, la loi qui en est la cause immédiate; elle n'est pas formée, dit cet auteur, *vi ipsius consuetudinis immediatè et in se.* La cause immédiate qui produit et établit cette communauté, est une convention qui n'est pas, à la vérité, expresse et formelle, mais qui est virtuelle et implicite, par laquelle les parties, en se mariant, quand elles ne se sont pas expliquées sur leurs conventions matrimoniales, sont censées être tacitement convenues d'une communauté de biens, telle qu'elle a lieu par la coutume du

lieu de leur domicile, suivant ce principe de droit : *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis ;* L. 31, § 20, ff. *de œdil. edicto.*

Cette communauté de biens n'est appelée *légale* que parce que c'est une communauté sur laquelle les parties, par cette convention tacite, s'en sont entièrement rapportées à la loi.

La loi même, lorsqu'elle dit, *homme et femme sont uns et commus en tous biens meubles*, etc., ne renferme pas un précepte. Elle n'ordonne pas à l'homme et à la femme qui se marient, d'être *uns et communs*, etc., puisqu'il leur est très permis de convenir du contraire ; elle déclare seulement que l'usage est qu'ils sont censés être convenus d'être *uns et communs en tous meubles*, etc., lorsqu'ils ne se sont pas expliqués avant leur mariage.

11. De là il suit que, lorsque des personnes domiciliés sous la coutume de Paris, ou sous quelque autre coutume semblable, se sont mariées sans faire de contrat de mariage, la communauté légale qui a lieu en ce cas, suivant la coutume de Paris, entre ces personnes, s'étend à tous les héritages qu'elles acquerront durant leur mariage, fussent-ils situés dans des provinces dont la loi n'admet pas la communauté lorsqu'elle n'a pas été stipulée.

Telle est la doctrine de Dumoulin, que d'Argentré contredit mal-à-propos, en disant que la coutume de Paris, n'ayant pas d'empire hors de son territoire, ne peut rendre conquêt un héritage situé hors de son territoire, et dans une province dont la loi n'admet la communauté que lorsqu'elle est stipulée : d'où cet auteur conclut que, lorsque des Parisiens se sont mariés sans faire de contrat de mariage, la femme ne peut pas prétendre droit de communauté dans un héritage situé dans le Lyonnais, que le mari aura acquis durant le mariage, mais seulement récompense du prix que le mari aura tiré de la communauté pour l'acquérir ; la coutume de Paris, qui a établi leur communauté ne pouvant rendre conquêt cet héritage, sur lequel elle n'a aucun empire.

Dumoulin a prévenu cette objection, et y a répondu en

disant que, quoique la communauté qui a lieu entre ces personnes de Paris qui se sont mariées sans contrat de mariage, soit appelée *communauté légale*, ce n'est pas néanmoins la loi coutumière de Paris qui la forme, et qui en est la cause immédiate : *Non habet locum vi ipsius consuetudinis immediatè et in se.* Ce n'est pas cette loi coutumière qui imprime aux héritages acquis durant cette communauté, la qualité de conquêts ; la cause immédiate qui forme la communauté, et qui donne aux héritages acquis pendant qu'elle dure, la qualité de conquêts, est la convention implicite que ces personnes ont eu d'avoir entre elles une communauté en tous biens meubles et conquêts immeubles, telle que la coutume de Paris, à laquelle elles s'en sont rapportées, déclare qu'il est d'usage et de coutume, lorsque les personnes ne s'en sont pas expliquées. Or cette convention que ces parties sont censées avoir eue, quoiqu'elle ne soit qu'implicite, n'en est pas moins une convention qui doit avoir le même effet que si elle était formelle et expresse, et qui doit par conséquent rendre communs et conquêts les héritages que chacune d'elles acquerra, quelque part qu'ils soient situés, comme l'aurait fait une convention expresse de communauté.

12. De là il suit que la disposition des coutumes qui admettent une communauté entre homme et femme, sans que les parties s'en soient expliquées, n'est pas un *statut réel* qui ait pour objet immédiat les choses qui doivent entrer en communauté : c'est plutôt un *statut personnel*, puisqu'il a pour objet immédiat de régler les conventions que les personnes soumises à la coutume, à raison du domicile qu'elles ont dans son territoire, sont censées avoir eues sur la communauté de biens, lorsqu'elles se sont mariées.

13. *Vice versâ*, lorsque deux personnes domiciliées dans le Lyonnais, s'y sont mariées sans stipuler de communauté, la femme ne peut être fondée à prétendre, en vertu de la coutume d'Orléans, droit de communauté dans un héritage situé sous la coutume d'Orléans, que son mari a acquis durant le mariage : car ce n'est pas la coutume d'Orléans qui

imprime par elle-même la qualité de *conquêts* aux héritages que des personnes mariées acquièrent durant le mariage. Ce qui leur donne cette qualité, c'est la convention implicite de communauté que sont censées avoir eue des personnes qui étant, lors du mariage, domiciliées sous la coutume d'Orléans, sont censées être convenues de se marier selon la coutume d'Orléans. Mais ces Lyonnais, qui, lors de leur mariage, n'avaient pas leur domicile à Orléans, mais à Lyon, ne peuvent être censés avoir eu aucune convention de communauté, puisque le droit observé à Lyon, lieu de leur domicile, suivant lequel ils sont censés avoir voulu se marier, n'en admet que lorsqu'elle n'a pas été expressément stipulée.

14. Le principe que nous venons de poser, " que les parties qui contractent mariage sont censées s'en rapporter à la loi de leur domicile sur leurs conventions matrimoniales, lorsqu'elles ne s'en sont pas expliquées," ne souffre pas de difficulté, lorsque les parties ont leur domicile dans la même province. Mais que doit-on décider lorsqu'une des parties est domiciliée dans une province dont la loi admet la communauté de biens, lorsqué les parties ne s'en sont pas expliquées, et que l'autre partie est domiciliée dans une autre province dont la loi ne l'admet pas ? Il faut décider en ce cas que c'est à la loi du lieu du domicile de l'homme que les parties doivent être censées s'en être rapportées ; car la femme, qui en se mariant suit le domicile de son mari, doit plutôt être censée s'être soumise à la loi de ce domicile, qui va devenir le sien, que le mari ne doit être censé s'être soumis à la loi du domicile de la femme.

C'est pourquoi, si un Parisien va épouser à Lyon une femme, pour l'emmener à Paris, et que les parties n'aient pas passé de contrat de mariage, elles doivent être censées être convenues d'une communauté de biens, suivant la coutume de Paris, lieu du domicile de l'homme, quoique le droit observé à Lyon n'admette pas de communauté lorsque les parties ne l'ont pas stipulée.

Vice versâ, si un Lyonnais va prendre femme à Paris pour

l'emmener à Lyon, et qu'il n'y ait pas eu de contrat de mariage, il n'y aura pas de communauté ; le droit observé à Lyon, lieu du domicile du mari, n'en admettant pas, si elle n'a pas été stipulée.

15. Si l'homme, en se mariant, avait intention de fixer son domicile dans le pays de la femme ; par exemple, si un Lyonnais venait à Orléans épouser une femme, dans le dessein de fixer son domicile à Orléans ; ce Lyonnais serait en ce cas censé avoir abdiqué son domicile de Lyon, et en avoir acquis un à Orléans, à la loi duquel il doit être censé s'être soumis.

16. Doit-on décider la même chose dans le cas auquel le Lyonnais aurait épousé l'Orléanaise à Paris, dans le dessein d'aller établir son domicile à Orléans ? La raison de douter est, que le domicile ne pouvant s'acquérir que *facto et animo*, le Lyonnais, en ce cas, lorsqu'il s'est marié, n'avait pas encore perdu son domicile de Lyon, et n'en avait pas encore acquis un à Orléans, où il n'était pas encore venu. Néanmoins il faut dire que, quoique, lorsqu'il s'est marié, il n'eût pas encore acquis domicile à Orléans, il suffit qu'il eût dessein d'y fixer son domicile, pour qu'Orléans doive être censé le lieu de son domicile matrimonial, et pour qu'il soit en conséquence censé avoir voulu suivre pour son mariage les lois d'Orléans plutôt que celles du domicile qu'il allait quitter.

21. Lorsque les étrangers, quoique non naturalisés, mais domiciliés en France sous une coutume qui admet la communauté de biens sans qu'il soit nécessaire de la stipuler, y contractent mariage sans passer aucun contrat de mariage, la communauté légale a lieu entre ces personnes. Il est vrai que ces personnes ne sont pas capables du droit civil, qui n'a été établi que pour les citoyens, tel que le droit des testaments, des successions, du retrait lignager ; mais elles sont capables de ce qui appartient au droit des gens, tel que sont toutes les conventions. Or, la communauté légale n'est fondée que sur une convention que les personnes qui contractent mariage sont présumées avoir eue d'établir entre elles une

communauté, telle que la loi de leur domicile l'établit (*suprà*, nº 10) ; de laquelle convention, de même que de toutes les autres conventions, les étrangers sont capables. La communauté légale peut donc avoir lieu entre ces personnes ; à plus forte raison la conventionnelle.

Voy. *Pand. frs.*, citées sur art. 1258.

---

* *C. N.* 1388. } Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la puissance paternelle* et par le titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, ni aux dispositions prohibitives du présent Code.

1260. A défaut de conventions ou en l'absence de stipulations contraires, les époux sont présumés vouloir se soumettre aux lois et coutumes générales du pays, et notamment qu'il y ait entre eux communauté légale de biens et douaire coutumier ou légal en faveur de la femme et des enfants à naître.

Le mariage une fois célébré ces conventions. pré-

1260. If no covenants have been made, or if the contrary have not been stipulated, the consorts are presumed to have intended to subject themselves to the general laws and customs of the country, and particularly to the legal community of property, and to the customary or legal dower in favor of the wife and of the children to be born of their marriage.

From the moment of the celebration of marriage,

sumées font irrévocablement loi entre les parties et ne peuvent plus être révoquées ni changées.	these presumed agreements become irrevocably the law between the parties, and can no longer be revoked or altered.

Voy. autorités sur arts. 1240, 1257 et s., et 1264.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. Cout. d'Orléans*, *Tit.* 10, *n*° 32. } 32. La communauté légale ou coutumière, dont il a été traité au chapitre précédent, n'a lieu qu'au défaut de la conventionnelle, c'est-à-dire de celle qui est stipulée par le contrat de mariage.—Cette communauté conventionnelle dépend, de même que toutes les autres conventions portées aux contrats de mariage, de la condition tacite, *si nuptiæ sequantur*. C'est pourquoi, si le mariage né se contracte pas, ou si c'est un mariage auquel les lois refusent les effets civils, la communauté stipulée n'aura pas lieu, non plus que toutes les autres conventions portées au contrat de mariage.—Elle est censée convenue, pour commencer seulement du jour que le mariage crmmencera.—Les parties peuvent s'écarter, à l'égard de cette communauté, des règles de la communauté légale ; elles peuvent la composer différemment.—On peut ne l'accorder qu'à la seule personne de la femme ; comme lorsqu'il est dit, qu'en cas de dissolution de communauté par le prédécès de la femme, ses héritiers n'y pourront rien prétendre. Cette clause exclut les enfants aussi bien que les collatéraux : Lebrun, liv. 1er, ch. 3, n° 8. Enfin on peut exclure tout à fait la communauté.—Les clauses qui concernent la communauté sont les clauses *d'apport*, *d'ameublissement*, *de réalisation*, *de séparation de dettes*, *de reprise de l'apport de la femme en cas de renonciation*, *de préciput*, les clauses d'*exclusion de communauté*, celle *qui réduit la femme ou les héritiers du prédécédé à une certaine somme pour son droit de communauté*. La clause

par laquelle le futur ou la future sont mariés *francs de dettes*, a paru aussi à quelques auteurs concerner la communauté.

---

* 6 *Pothier (Bugnet), contrat de mariage*, nos 42 *à* 49. } 42. On appelle *arrhes* ce que quelqu'un donne à un autre pour gage de l'exécution de l'engagement qu'il contracte ou qu'il a contracté envers lui, à la charge de n'en avoir aucune répétition, dans le cas auquel il manquerait par sa faute à l'accomplir.

Chez les Romains, c'était le fiancé qui avait coutume de donner des arrhes à la fiancée, ou au père de la fiancée, en la puissance de qui elle était. S'il manquait par sa faute à son engagement, il perdait les arrhes qu'il avait donées ; si c'était par la faute de la personne qui les avait reçues, qui, sans aucun juste sujet, refusait d'accomplir le mariage, les arrhes devaient être rendues autrefois au quadruple ; L. 6, Cod. *Theod. de Sponsal.;* et depuis, par la constitution de Léon et Anthème, seulement au double ; L. 5, § 1, Cod. *de Sponsal. ;* L. 16, *de Episcop. aud.*

Lorsque le mariage n'avait pas lieu, sans la faute ni de l'une ni de l'autre des parties *putà*, par la mort de l'une d'elles, avant qu'elle eût été mise en demeure d'accomplir son engagement, ou pour quelque juste cause que l'une ou l'autre partie avait eue de ne pas accomplir les fiançailles, les arrhes étaient rendues purement et simplement sans aucune crue ; L. 3, Cod. *de Sponsal.* Les arrhes doivent pareillement être rendues, lorsque le mariage a eu lieu.

43. Parmi nous, le fiancé et la fiancée se donnent assez souvent reciproquement des arrhes ; celles des parties qui, sans aucun juste sujet, refuse d'accomplir son engagement, doit rendre à l'autre les arrhes qu'elle a reçues, et perdre celles qu'elles a données, pourvu néanmoins qu'elles ne fussent pas trop considérables, eu égard à la qualité et aux facultés des parties.

Lorsque les arrhes sont considérables, et qu'elles excèdent

de beaucoup la somme à laquelle pourraient être réglés les dommages et intérêts résultant de l'inexécution des promesses de mariage, la partie qui les a données, et qui refuse, sans aucun juste sujet, d'accomplir son engagement, ne laisse pas d'en avoir la répétition, sous la déduction seulement de la somme à laquelle le juge doit régler les dommages et intérêts dus à la partie qui les a reçues, pour l'inexécution des promesses de mariage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 20 août 1680, rapporté au 2e tome du *Journal du Palais.*

La raison est, qu'étant d'une extrême importance pour le bien de la société civile, que les mariages soient parfaitement libres, une partie ne doit pas être mise dans la nécessité de contracter un mariage contre son gré, par la crainte de souffrir une trop grosse perte, si elle refusait d'accomplir les promesses de mariage pour l'exécution desquelles elle a donné des arrhes trop considérables.

44. C'est par cette même raison qu'on n'a, dans notre jurisprudence, aucun égard aux stipulations pénales par lesquelles un homme et une femme se promettent réciproquement une somme d'argent, ou quelque autre chose, en cas de refus d'exécuter les promesses de mariage qu'ils se sont faites, lorsque la somme ou la chose promise excède ce que le juge estime être dû pour les dommages et intérêts; arrêt du 29 août 1713, au 6e volume du *Journal* (liv. 3, ch. 38). Notre jurisprudence est en cela conforme au droit canonique ; *Cap. Gemma*, 29, Extr. *de Sponsal.*

45. Les fiançailles sont aussi souvent accompagnées de présents que le fiancé fait à la fiancée, ou qu'ils se font réciproquement l'un à l'autre. Suivant le droit romain, avant Constantin, ces donations étaient censées pures et simples, et ne se révoquaient pas lorsque le mariage manquait, à moins qu'il n'y eût quelques circonstances qui y fissent présumer la condition, *si nuptiæ sequantur ;* L. 2, Cod. *de Don. ante nupt.*

Par les constitutions de Constantin, la condition *si nuptia sequantur*, y est toujours sous-entendue ; et lorsque le mariage manque par la mort de l'une ou de l'autre partie, il y a

lieu à la répétition des choses données ; sauf que *jam osculum intervenerat*, la fiancée retenait la moitié de ce qui lui avait été donné en présent ; L. 13 et 16, Cod. *eod. tit.*

Selon les mœurs des Romains, bien différentes des nôtres, une fille n'admettait aucun homme à la baiser au visage, pas même souvent son fiancé. Lorsqu'elle y avait admis son fiancé, le fiancé *videbatur pudicitiam ejus prælibasse ; in cujus pudicitiæ prælibatæ præmium*, la fiancée, lorsque le mariage manquait, retenait la moitié de ce qui lui avait été donné.

En cela ce qui était donné en présent, était différent des arrhes que la fiancée devait rendre en ce cas, sans en rien retenir.

A plus forte raison, lorsque c'était par le refus du donataire que le mariage manquait, les choses qui lui avaient été données en présent devaient être rendues.

46. Suivant notre jurisprudence française, dans tous les présents qui se font à des fiancés, la condition *si nuptiæ sequantur* y est toujours sous-entendue, quoiqu'elle n'y ait pas été exprimée ; et il y a en conséquence toujours lieu à la répétition des choses données, lorsque le mariage manque, à moins que ce ne fût par le refus du donateur : car en ce cas, le donateur ayant été mis en demeure d'accomplir la condition, elle doit passer pour accomplie vis-à-vis de lui, suivant la règle de droit : *In omnibus causis pro facto id occipitur, quoties per aliquem mora fit, quominùs fiat ;* L. 39, ff. *de Reg. jur.*

47. Les fiançailles sont ordinairement accompagnées ou suivies d'un acte reçu devant notaires, qui se passe en présence des parents des fiancés, qu'on assemble pour cet effet, lequel contient les conventions matrimoniales. On donne à cet acte le nom de *Contrat de mariage.*

Cet acte n'est pas de nécessité. Il arrive souvent que les parties se marient sans faire de contrat de mariage, surtout parmi les pauvres gens : en ce cas, les dispositions des coutumes sur la communauté, le douaire, etc., leur en tiennent lieu.

48. Ce contrat de mariage ne peut se faire qu'avant le ma-

riage: il n'est plus permis, après la célébration du mariage, de faire aucunes conventions matrimoniales. Plusieurs coutumes en ont des dispositions. Notre coutume d'Orléans, art. 202, dit: " En traité de mariage et *avant* la foi baillée et " bénédiction nuptiale, homme et femme peuvent faire et " apposer telles conditions, douaires, donations et autres " conventions que bon leur semblera."

C'est pour cela que les contrats de mariage doivent être faits devant notaires, dans la crainte des antidates dont les actes sous signatures privées sont susceptibles.

Il y a pourtant des provinces où 'on admet les contrats de mariage faits sous les signatures privées des parties et de leurs parents respectifs.

---

* *C. N.* 1393. } A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le Droit commun de la France.

1261. Au cas de l'article précédent la communauté se forme et se régit d'après les règles exposées au chapitre deuxième, et celles du douaire se trouvent au chapitre troisième du présent titre.

1261. In the case of the preceding article, the community is established and governed in accordance with the rules set forth in the second chapter, and those relating to dower are laid down in the third chapter in the present title.

1262. Cette communauté de biens, dont les époux sont libres de stipuler l'exclusion, peut être changée et modifiée à volonté par leur contrat de mariage, et se nomme, dans ce cas, communauté conventionnelle dont les règles principales sont exposées dans la section deuxième du deuxième chapitre de ce titre.

1262. Community of property, which the consorts are free to exclude by stipulation, may be altered or modified at pleasure, by their contract of marriage, and is called, in such case, conventional community, the principal rules concerning which are contained in the second section of the second chapter of this title.

1263. Le douaire coutumier ou légal, qu'il est également permis aux parties d'exclure, peut aussi être changé et modifié à volonté par le contrat de mariage, et dans ce cas il se nomme douaire préfix ou conventionnel, dont les règles les plus ordinaires se trouvent énoncées en la section première du chapitre troisième de ce titre.

1263. Legal or customary dower, which the parties are likewise at liberty to exclude, may also be altered or modified at pleasure, by the contract of marriage, and is called in such case, prefixed or conventional dower, the most ordinary rules concerning which are contained in the first section of the third chapter of this title.

1264. Toutes conventions matrimoniales doivent être rédigées en forme notariée, et avant

1264. All marriage covenants must be made in notarial form, and before the solemnizing of mar-

la célébration du mariage, à laquelle elles sont toujours subordonnées.

Sont exemptées de la forme notariée les contrats de mariage faits dans certaines localités pour lesquelles l'exception à cet égard existe en vertu de lois particulières.

riage, upon which they are conditional.

Contracts of marriage made in certain localities, for which an exception has been created by special laws, are exempted from the necessity of being in notarial form.

Voy. autorités citées sur arts. 1257, 1260.

---

* *S. R. B. C., ch.* 38, *sec.* 13. } 13. Tout testament, acte ou convention par écrit, inventaire, partage, donation ou contrat de mariage fait et passé dans le dit district inférieur de Gaspé, après le dit premier jour de mai, mil huit cent quarante, en la manière prescrite dans la dixième section de l'acte cité en dernier lieu, et à l'égard duquel toutes les formalités de la dite section ont été remplies, portera hypothèque et aura le même effet légal que s'il eût été fait et passé devant notaires, et sera pris et reçu, aussi bien que toute copie d'icelui dûment certifiée, comme valide et authentique dans toutes les cours de loi en cette province, comme s'il eût été passé devant notaires :

2. Sauf et excepté que cette section n'aura aucun effet à l'égard de tout testament, acte ou convention par écrit, inventaire, partage, donation ou contrat de mariage ainsi fait et passé, s'il y avait deux notaires résidant ou pratiquant dans le comté où il a été ainsi fait et passé, lors de l'exécution d'icelui, et pendant deux mois avant ce temps ; mais la preuve qu'il y avait deux notaires ainsi résidant et pratiquant retombera dans tous les cas sur la partie qui conteste la validité de tout tel acte ou instrument comme susdit ; et si telle preuve

n'est pas produite il sera présumé qu'il n'y avait pas deux notaires ainsi résidant et pratiquant au temps de la passation de tel acte ou instrument. 3, 4 V. c. 5, s. 2.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Mariage*, *n*os 396-7-8. } 396. Les effets civils du mariage sont,—1° qu'il confirme toutes les conventions matrimoniales, et donations portées au contrat de mariage ; car toutes ces conventions et donations dépendent d'une condition tacite, *si naptiæ sequantur*, laquelle ne peut recevoir son accomplissement que par un mariage qui ait les effets civils. Lorsque le mariage n'est pas valablement contracté entre les parties qui ont fait le contrat de mariage, ou lorsque, quoique valablement contracté, il n'a pas les effets civils, toutes conventions et donations portées au contrat de mariage, sont de nul effet, *ex confectu conditionis.* Au reste, l'homme doit rendre à sa femme, ou à ses héritiers, tout ce qu'il a reçu d'elle, parce qu'il se trouve l'avoir reçu sans titre, et n'avoir aucun titre pour le retenir.

Ce n'est pas par *l'action de dot* qu'il est tenu à cette restitution ; car il n'y a pas de dot où il n'y a pas un mariage qui ait les effets civils : *Dos sinè nuptiis esse non potest ;* mais il en est tenu par l'action qu'on appelle en droit *condictio sinè causâ.*

397. 2° Dans nos coutumes qui établissent une communauté de biens entre mari et femme, quoiqu'elle n'ait pas été stipulée, cette communauté qui a lieu entre un mari et une femme qui n'ont point de contrat de mariage par lequel ils l'aient stipulé, est un des effets civils du mariage ; il en est de même du douaire.

398. 3° L'affinité civile que chacun des conjoints par le mariage contracte avec les parents de l'autre conjoint, est encore un des effets civils du mariage.

Il est vrai que, quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils, et même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, le commerce charnel de l'homme et de la femme produit une

affinité entre chacun d'eux, et les parents de l'autre; mais cette affinité, purement naturelle, n'a d'autre effet que de former un empêchement dirimant de mariage dans certains degrés, comme nous l'avons vu *suprà*. Il n'y a que les mariages qui ont les effets civils, qui forment une affinité civile qui soit reconnue dans les différents actes de la société civile.

---

* 6 *Merlin, Rép. V[is], Contrat de mariage, § 1, art. IV, éd. belge.* } IV. L'importance d'un tel acte exige des précautions et une authenticité suffisante, pour qu'il soit à l'abri de toute critique et de toute supposition. C'est pourquoi, par arrêt du conseil, du 13 décembre 1695, il a été ordonné que les Contrats de mariage et les autres actes faits en conséquence, seraient passés pardevant notaires, à peine de nullité et de privation des priviléges et hypothèques.

L'art. 8 de la déclaration du 19 mars 1696 et l'arrêt du conseil du 16 décembre 1698 ont prescrit la même chose, sous peine de privation des priviléges et hypothèques.

Ces dispositions ont encore été réitérées par la déclaration du 11 décembre 1703, concernant les fonctions des notaires de Normandie : elle a expressément ordonné que les Contrats de mariage, les quittances de dot, et les autres actes faits en conséquence, seraient passés pardevant notaires, conformement aux lois qu'on vient d'énoncer, et sous les peines y portées.

Ces règlements n'ont cependant pas suffi pour empêcher qu'il ne se passât dans quelques provinces plusieurs Contrats de mariage sous signature privée : c'est un abus auquel il serait intéressant de remédier. On conçoit qu'il est facile de supprimer un pareil Contrat de mariage, et que le mari ou la femme, abusant de l'ascendant qu'ils ont l'un sur l'autre, peuvent substituer à cet acte de nouvelles conventions préjudiciables à des enfants ou à des collatéraux. On élude ainsi, non-seulement les règlements qui défendent l'usage des contre-lettres à l'égard des clauses d'un Contrat de mariage, mais

encore les dispositions des coutumes, qui, comme l'art. 410 de celle de Normandie, proscrivent tout acte fait entre gens mariés, lorsqu'il en résulte de l'utilité à l'un ou à l'autre.

Si, jusqu'à ce que le législateur ait de nouveau expliqué ses intentions sur la peine de nullité des Contrats de mariage sous signature privée, qui ne contiennent que les simples conventions dotales, les parlements s'en tiennent aux termes de la déclaration du 19 mars 1696, qui n'a prononcé que la privation des priviléges et hypothèques, il est neanmoins vrai de dire que, quand ces actes contiennent des donations faites en faveur de l'un ou de l'autre des conjoints, par quelque personne que ce soit, ils sont absolument nuls, à moins qu'ils ne soient passés pardevant notaires, et qu'il n'en reste minute.

Basnage, qui écrivait longtemps avant l'arrêt de 1695 dont nous avons parlé, convenait que, quoiqu'un Contrat de mariage sous signature privée fût valable, il devait néanmoins être reconnu pardevant notaires avant la bénédiction nuptiale, lorsqu'il contenait une donation faite au mari par sa femme. L'auteur cité rapporte à ce sujet un arrêt du parlement de Rouen, du 9 septembre 1629, qui a annulé une donation que la dame du Tronc avait faite à son mari par un Contrat de mariage sous signature privée.

Au reste, l'art. 1 de l'ordonnance du mois de février 1731 contient, sur cette matière, une règle précise : il veut que tout acte portant donation entre-vifs soit passé pardevant notaires, et qu'il en reste minute, à peine de nullité. Il résulte de cette loi, qu'à défaut d'acte notarié dont il reste minute, on doit regarder comme nulles, non-seulement les donations faites par Contrat de mariage, soit en ligne directe, soit par des collatéraux ou par des étrangers, mais encore les autres donations qui ont lieu entre les conjoints, telles que le don mobile, l'augment, le contre-augment, les gains de noces et de survie, etc. La raison en est que ces donations n'ont été exceptées par l'art. 21 de l'ordonnance de 1731, que de la peine de nullité relative au défaut d'insinuation, et que par

conséquent elles restent soumises à la forme prescrite par l'art. 1 de cette ordonnance.

[[*V.* Les ploidoyers des 3 floréal et 18 fructidor au 13, rapportés aux mots *Conventions matrimoniales*, § 1, et *Démission de biens*, nº 5; l'arrêt du 20 janvier 1807, rapporté au mot *Date*, n. 6; l'article *Acte sous seing privé*, § 2; et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Contrat de mariage*, § 5 et 3.]]

Une décision du conseil du 15 juin 1748, rendue contre la veuve Herambourg, pour les droits de son Contrat de mariage fait sous signature privée, est conçue en ces termes: " Les Contrats de mariage sous signature privée ne méritent " aucun ménagement, et il serait bien essentiel de détruire " cet abus, qui peut jeter les familles dans les plus grands " embarras."

[[L'art. 1394 du Code civil porte que " toutes conventions " matrimoniales seront rédigées avant le mariage, par acte " devant notaire."

---

* 6 *Merlin, Conventions matrimoniales* § 1, *éd. belge.* } Les contrats de mariage pouvaient-ils, avant la publication du Code civil, être passés autrement que pardevant notaires, et fallait-il absolument qu'il en restât minute? A ne consulter que l'intérêt public et les raisons de convenance, l'affirmative n'eût pas été douteuse. Mais si ces considérations étaient suffisantes pour déterminer le législateur à faire une loi qui prescrivit ces formes à peine de nullité, elles ne l'étaient pas pour tenir lieu de la loi même.—Voyons donc si, avant le Code civil, il existait une loi qui annulât les contrats de mariage à la rédaction desquels n'avait pas présidé un notaire, ou dont le notaire qui les avait reçus, n'avait pas gardé minute.

La seule loi générale qui ait été faite sur cette matière, avant le Code civil, est la déclaration du 19 mars 1696, *concernant le contrôle des actes des notaires;* et voici ce qu'elle porte, art. 8: " Voulons que tous les contrats de mariage,

" quittances de dot et décharges données en conséquence, " soient passés devant notaires à peine de privation des privi- " léges et hypothèques."

A peine de privation des priviléges et hypothèques! Le législateur ne dit pas, comme l'on voit, *à peine de nullité:* il reconnaît la validité intrinsèque des contrats de mariage qui ne sont pas passés devant notaires ; et la seule peine dont il les frappe, est la privation de toute hypothèque, de tout privilége.— Aussi trouvons-nous, dans le *Dictionnaire des domaines*, une décision du conseil du 15 juin 1748, qui, tout en se récriant contre les inconvénients auxquels donnent lieu les contrats de mariage sous seing privé, prouve que, dans l'usage, ces actes sont reconnus pour valables. " Des contrats de mariage " sous seing privé (porte-t-elle) ne méritent aucun ménage- " ment, et il *serait bien essentiel* de détruire cet abus qui peut " jeter les familles dans le plus grand embarras."

Et dans le fait, il y a mille exemples que des contrats de mariage ont été jugés obligatoires, quoiqu'ils n'eussent pas été passés devant notaires.

Mais s'il en est ainsi des contrats de mariage en général, en est-il de même des donations mutuelles des biens présents et à venir faites entre époux par ces contrats ? Ces donations ne sont-elles pas soumises à la disposition de l'art. 1 de l'ordonnance de 1731, qui veut que tout acte portant donation entre-vifs, soit passé devant notaire, et qu'il en reste minute, à peine de nullité ?

Cette disposition de l'ordonnance ne frappe que sur les donations entre-vifs ; elle n'embrasse donc pas les donations à cause de mort, ni conséquemment les donations mutuelles de biens présents et à venir, entre mari et femme par contrat de mariage. Il est vrai que l'art. 3 maintient, dans les contrats de mariage, les donations à cause de mort ; mais ni cet article ni aucun autre de l'ordonnance n'étendent aux donations à cause de mort par contrat de mariage, la disposition de l'art. 1, qui, encore une fois, est absolument particulère aux donations entre-vifs. Aussi Furgole, sur l'art. 3 même,

dit-il expressément, qu'il *suffit qu'on y observe les formalités nécessaires pour la validité des contrats de mariage;* formalités qui, avant la publication du Code civil, se réduisaient à celles qu'exigeait la nécessité de donner à ces actes une date certaine, et n'étaient, par conséquent, pas exclusives de la faculté de passer ces actes sous seing privé.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Intr. com.*, *n*° 11 *et s.* } 11. Les conventions matrimoniales doivent se faire avant la célébration du mariage; il n'est plus temps de les faire après que le mariage a été célébré. Par exemple, dans les provinces dont la loi n'admet la communauté de biens entre conjoints, que lorsque les parties en sont expressément convenues; si des parties ont célébré leur mariage avant que d'avoir fait un contrat de mariage, elles ne pourront plus, aussitôt que le mariage aura été célébré, convenir entre elles d'une communauté de biens: le mari ne pourra plus donner à sa femme d'autre douaire que celui que lui donnent les coutumes sous lesquelles ses héritages sont situés.

C'est ce qui résulte de ces termes de l'article de la coutume d'Orléans, qui est ci-dessus rapporté : AVANT LA FOI BAILLÉE ET BÉNÉDICTION NUPTIALE, *homme et femme peuvent*, *etc.*

12. Ces conventions doivent se faire par un acte qu'on appelle *contrat de mariage.* Cet acte doit être passé devant notaires. On rejette, dans la plupart de nos provinces, les contrats de mariage passés sous signatures privées : pourquoi ? C'est afin d'empêcher que les conjoints par mariage n'aient un moyen facile d'éluder la loi, qui leur défend de se faire aucun avantage durant le mariage, en faisant, durant le mariage, des contrats de mariage qu'ils antidateraient d'auparavant.

Il y a néanmoins quelques provinces où les contrats de mariage passés sous signatures privées, sont admis. Les signatures des parents des deux familles, qui se trouvent au

bas de ces actes, ont paru devoir écarter tout soupçon d'antidate.

13. Quoique les futurs conjoints ne soient pas obligés d'appeler leurs parents à leur contrat de mariage, néanmoins lorsqu'ils y ont fait assister leurs parents, ils ne peuvent plus, par d'autres actes, quoiqu'avant la célébration du mariage, faire de nouvelles conventions, à moins qu'ils n'y fassent pareillement assister leurs parents respectifs qui ont assisté à leur contrat de mariage.

Les coutumes de Paris, art. 258, et d'Orléans, art. 223, en ont une disposition. Il y est dit : " Toutes contre-lettres faites à part et hors la présence des " parents qui ont assisté aux contrats de mariage, sont nulles."

La disposition de ces coutumes, ajoutée lors de la réformation, et formée sur la jurisprudence qui avait lieu alors, établit un droit commun, qui a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. (1)

(1) En est-il de même aujourd'hui ?

Le Code (art. 1304, 1095 et 1398), n'exige le consentement et l'assistance des ascendants ou du conseil de famille pour la validité des donations et conventions contenues au contrat de mariage que lorsqu'il s'agit de mineur ; or, lorsque la loi parle de *mineur* sans rien ajouter, elle entend bien certainement la minorité ordinaire, c'est-à-dire, l'âge de moins de vingt-et-un ans accomplis ; d'où l'on peut conclure que les ascendants non donateurs ne sont parties au contrat de mariage de leur descendant, qu'autant que celui-ci est mineur.

Il est sans doute tout à fait dans les convenances que des descendants, quel que soit leur âge, fassent rédiger leurs conventions matrimoniales sous l'agrément de leurs ascendants ; le législatéur aurait peut-être dû exiger le consentement des ascendants pour le contrat de mariage des descendants dans tous les cas où ce consentement est une condition de la validité du mariage ; mais il ne s'agit ni d'une question de convenance, ni d'une question de législation. Le législateur n'ayant parlé que des *mineurs*, nous devons dire qu'un fils majeur de 22 ou 23 ans, par exemple, est capable d'*être par lui-même* partie à son contrat de mariage, et que son ascendant non donateur n'y paraît que *solemnitatis vel honoris causâ.* Mais s'il en est ainsi, des contre-lettres pourront être valablement rédigées postérieurement, et sans le consentement de l'ascendant qui

La coutume comprend ici sous le terme de *contre-lettres*, non-seulement les conventions qui dérogent et sont contraires à quelqu'une de celles portées au contrat de mariage, mais généralement toutes les nouvelles conventions ou donations qui ne sont pas portées au contrat de mariage.

A l'égard des actes qui ne seraient qu'explicatifs de quelqu'une des conventions portées au contrat de mariage, et qui ne contiendraient rien de nouveau, ils ne peuvent pas passer pour contre-lettres, et rien n'empêche qu'ils ne soient valables.

La raison pour laquelle la coutume déclare nulles les contre-lettres faites à part et hors de la présence des parents qui ont assisté au contrat, s'aperçoit facilement. Quoique des conventions de mariage ne soient pas vicieuses par cela seul qu'elles ont été faites à l'insu des parents, néanmoins l'affectation marquée de ces conjoints, de cacher à leurs parents et au public leurs conventions, en les faisant à part et par un acte séparé de leur contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme des conventions dont les conjoints ont eu honte, et qui doivent pour cela être présumées avoir été dictées plutôt par la passion que par de justes motifs. C'est ce qui a porté la coutume à les déclarer nulles.

14. On regarde comme *contre-lettres*, non-seulement les conventions et donations faites depuis le contrat de mariage, dans le temps intermédiare, hors de la présence des parents, mais même les donations faites peu de jours avant le contrat, par des personnes qui se proposaient de s'épouser, et qui voulaient le cacher à leur famille. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 19 février 1716, qui a déclaré nulle une donation faite entre des personnes la veille de leur contrat de mariage.

n'était pas *partie ;* car l'article 1396 exige la présence et le consentement simultané de toutes les personnes *qui ont été parties* dans le contrat de mariage. Le Code n'a point renouvelé les dispositions des coutumes de Paris, art. 258. et d'Orléans, art. 223 ; son silence à cet égard, joint à la rédaction si différente de l'article 1396, est un puissant argument pour notre solution. (BUGNET).

L'arrêt est rapporté par l'auteur du *Traité des contrats de mariage.* (1) (Sérieux, ch. 2, § 15.)

15. La coutume, en déclarant toutes contre-lettres nulles, comprend non-seulement celles qui interviennent entre les futurs conjoints, mais pareillement celles qui interviennent entre l'un des futurs conjoints, et quelqu'une des personnes qui ont été parties au contrat.

Par exemple, si le futur à qui son père avait promis une certaine somme en dot, lui promettait, par un acte passé hors la présence de sa femme et des principaux parents de sa femme, de ne pas exiger cette somme de son vivant, cet acte serait nul comme étant une contre-lettre au contrat de mariage, et le père ne pourrait l'opposer contre les poursuites de son fils pour le paiement de la dot promise par le contrat de mariage.

16. Ce que la coutume dit, "que les contre-lettres faites hors de la présence des parents qui ont assisté au contrat de mariage, sont nulles," ne doit pas être tellement pris à la rigueur, que l'absence d'un seul des parents qui ont assisté au contrat de mariage, doive indistinctement les rendre nulles. Si ce parent, en l'absence de qui la contre-lettre a été passée, n'était qu'un parent éloigné, et qu'elle ait été passée en présence des plus proches parents, et de ceux qui avaient le plus d'autorité dans la famille, elle doit être jugée valable.

Au reste, il ne faut pas suivre l'opinion de Laurière, qui restreint aux parents de la ligne directe ascendante et au tuteur, les parents dont la présence est requise par cet article : il comprend pareillement les collatéraux qui ont assisté au contrat de mariage. Il est vrai que les conjoints n'étaient pas obligés de les y appeler ; mais, lorsqu'ils les y ont appelés, ils ne peuvent se dispenser de les appeler pareillement aux

(1) Il faudrait de bien graves circonstances pour adopter encore cette jurisprudence. (BUGNET).

contre-lettres pour les rendre valables, (1), par les raisons expliquées ci-dessus, n° 13.

---

4 *Zachariæ*, (*Massé et Vergé*), § 634 *et s.* } § 634. *Du contrat de mariage.—Définition.* On entend par contrat de mariage, ou, ce qui revient au même, par conventions matrimoniales, le contrat par lequel les futurs époux règlent d'avance les droits qu'ils auront en qualité d'époux vis-à-vis l'un de l'autre. L'acte qui constate ces conventions peut contenir en même temps des donations faites, soit par l'un des conjoints à l'autre conjoint, soit par un tiers aux futurs époux, à leur profit, ou seulement au profit des enfants à naître de leur mariage, et ces donations jouissent même de privilèges particuliers (2). V. art. 1081 et s., et *sup.* le titre de *Donations et testaments.* On ne traitera ici du contrat de mariage que sous le rapport des choses qui en font l'objet principal, et non sous le rapport des donations qu'il peut contenir.

Les époux sont d'ailleurs entièrement libres de faire ou de

(1) Quelque opinion qu'on adopte sur la question de la note 2 de la page 53, il faut restreindre la nécessité du consentement aux personnes seulement dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. (BUGNET).

(2) L'acte dressé en vue des conventions matrimoniales peut contenir des dispositions autre que des donations ; il peut contenir des dispositions étrangères aux droits réciproques des futurs époux. Mais ces conventions accessoires ne sont liées que par leur forme extérieure au contrat de mariage, et doivent, par conséquent, être appréciées d'après les principes qui leur sont propres, sans qu'on doive tenir compte de leur connexité accidentelles avec un contrat de mariage. V. Cass., 9 juill. 1806 ; Paris, 14 août 1812 ; Bordeaux, 25 janv. et 1er fév. 1826. Mais les donations faites aux futurs époux dans un contrat de mariage doivent toujours être considérées comme des conventions matrimoniales, et, par conséquent, être appréciées comme telles. Ainsi, par exemple, faire une donation par contrat de mariage, c'est doter, Cass., 13 mars 1827. Ces donations sont d'ailleurs soumises aux principes particuliers exposés *sup.*, au titre des *Donations et testaments.* (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

ne pas faire de contrat de mariage. A défaut de contrat de mariage, leurs droits réciproques sont déterminés par la loi ; et ils se trouvent de plein droit sous le régime de la communauté légale (1), art. 1387 et 1393.

§ 635. *Suite.—De la capacité des contractants.* La capacité nécessaire pour le contrat de mariage est subordonnée à la capacité de contracter mariage (2). Ainsi la capacité juridique de faire un contrat de mariage appartient à la personne qui, à l'époque du contrat (3), a aussi la capacité soit de contrac-

(1) [V. sur ce point, *inf.*, § 637, note 30.]

(2) [*Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiatia.* Mais cette règle n'est pas aussi générale que paraît le supposer Zachariæ. V. *inf.* note 3.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) Delvincourt, 3, p. 4, [C'est-à-dire, que le contrat passé par un mineur qui n'aurait pas atteint l'âge pour contracter mariage, ou moment où les conventions matrimoniales sont rédigées, ne serait pas valable, et cela encore bien qu'il eût été assisté, lors de la rédaction de ces conventions, des personnes dont le consentement suffit à la validité du mariage, Rodière et Pont, 1, n. 38. Mais ce contrat est-il ratifié, ou, en d'autres termes, la nullité en est-elle couverte par la célébration ultérieure du mariage? Des auteurs se prononcent d'une manière plus ou moins absolue, les uns pour l'affirmative, V. Marcadé, sur l'art. 1398; les autres pour la négative, V. Duranton, 14, n. 14. Nous croyons qu'il faut distinguer entre le cas où la même nullité vicie tout à la fois le contrat de mariage et le mariage, et le cas où le contrat de mariage seul est nul. Dans le premier cas, les fins de non-recevoir qui s'élèvent contre la demande en nullité du mariage s'élèvent également contre la demande en nullité du contrat de mariage. Si donc, un mineur, après avoir fait un contrat de mariage avant l'âge, se marie également avant l'âge, et si ensuite, ce mariage cesse de pouvoir être attaqué, soit parce qu'il s'est écoulé six mois depuis que les époux ont atteint l'âge compétent, soit parce que la femme qui n'avait point cet âge compétent a conçu avant l'échéance des six mois, art. 185, la même fin de non-recevoir qui protège le mariage protégera le contrat de mariage, parce qu'on ne comprendrait pas que la loi, en consentant, dans l'intérêt d'une union accomplie, à passer l'éponge sur les nullités qui l'entachaient, n'ait pas couvert de la même amnistie le contrat dressé en vue du mariage, et qu'en cimentant l'union des époux, elle eût laissé subsister entre eux une

ter mariage en général, soit particulièrement d'épouser la personne avec laquelle est passé le contrat, arg. art. 1398 (1).

cause de trouble et de discorde, Lebrun, *De la comm.*, liv. 1, ch. 4, n. 32, p. 38 ; Troplong, n. 96 ét s.—*Contrà*, Rodière et Pont, 1, n. 38. Marcadé, sur l'art. 1398, distingue entre la fin de non-recevoir résultant du laps de six mois, et celle résultant de la grossesse pour décider que la nullité du contrat de mariage qui est couverte dans la première hypothèse n'est pas couverte dans la seconde ; mais nous ne pensons pas que le motif d'ordre public qui, dans les cas prévus par l'art. 185, élève une fin de non-recevoir contre la nullité du mariage contracté avant l'âge compétent, n'ait pas la même force dans un cas que dans l'autre, et ne réagisse pas également dans l'un comme dans l'autre cas sur les préliminaires du mariage.—Dans le second des cas ci-dessus posés, c'est-à-dire, dans le cas où le contrat de mariage seul est nul, pour n'avoir pas été fait par un mineur habile à contracter mariage, et où le mariage qui l'a suivi est valable, ayant été célébré en âge compétent, nous croyons que la validité du mariage ne couvre pas la nullité des conventions matrimoniales. Le texte lui-même de l'art. 1398 repousse la fin de non-recevoir qu'on prétendrait tirer de la célébration du mariage, puisqu'il fait dépendre la validité de ces conventions, non de la célébration ultérieure du mariage, mais de la capacité actuelle du mineur à consentir les conventions dont le mariage est susceptible. On ne peut, d'un autre côté, considérer la célébration du mariage comme une ratification volontaire des conventions antérieures : il n'y a aucun lien nécessaire entre le mariage et les conventions qui l'ont précédé, puisqu'on peut se marier sans contrat de mariage. Celui qui se marie n'est donc pas réputé ratifier le contrat de mariage nul qu'il a antérieurement fait ; il doit être, au contraire, réputé se marier sans contrat de mariage. Quant à l'exécution que, depuis le mariage, les époux auraient donnée au contrat de mariage nul qui a précédé leur union, on ne peut en faire résulter une ratification qui impliquerait de leur part une renonciation au droit d'en proposer la nullité, puisque cette renonciation, qui modifierait les droits des époux, serait nulle aux termes des art. 1394 et 1395, qui veulent que les conventions matrimoniales précèdent le mariage, et qui ne permettent pas de changer après la célébration du mariage les rapports légaux ou conventionnels des époux. V. Troplong, n. 286 et s. V. aussi Cass., 23 déc. 1856 ; S. V., 57, 1, 244.—*Contrà*, Rodière et Pont; n. 38 ; Marcadé, sur l'art. 1398.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) [L'art. 1398 considère comme habile à consentir des conventions matrimoniales, le mineur habile à contracter mariage : *Habilis ad nup-*

[ARTICLE 1264.]

Le mineur même, s'il est habile à contracter mariage (1), est habile, avec l'assistance des personnes dont le consentement

tias, habilis ad pacta nuptialia, pourvu qu'il soit assisté, lors de ces conventions, des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage, c'est-à-dire, des personnes qui le rendent habiles à se marier, *habilis ad nuptias.* Mais c'est à tort qu'on voudrait conclure de là que les incapables, tels que les prodigues, pourvus d'un conseil judiciaire, qui peuvent contracter mariage sans l'assistance de ce conseil, V. *sup.*, § 249, note 1, peuvent également, sans l'assistance de ce conseil, consentir les conventions dont le mariage est susceptible, quand ces conventions dépassent les bornes de leur capacité, c'est-à-dire, quand elles emportent aliénation, comme, par exemple, quand le contrat de mariage contient des avantages ou donations faits par le prodigue à son futur. La règle générale, c'est que le prodigue ne peut aliéner sans l'assistance de son conseil judiciaire, art. 499 et 513, V. *sup.*, § 249 ; et il n'y a aucune induction à tirer de l'art. 1398, en faveur de la capacité spéciale du prodigue, pour faire sans assistance un contrat de mariage, puisque cet article lui-même exige que le mineur, pour passer valablement des conventions matrimoniales, soit assisté de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Les art. 499 et 513 restent donc avec toute leur force, et aucune disposition particulière n'y ayant dérogé pour le contrat de mariage, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne jouit pas pour les conventions de cette nature d'une liberté que la loi lui refuse pour les autres, et qu'elle a dû d'autant plus lui refuser pour le contrat de mariage, que c'est précisément le contrat où il y aurait le plus a craindre qu'il n'ait pas la force nécessaire pour résister aux séductions qui pourraient l'environner. La capacité pour le mariage ne suppose pas nécessairement la capacité pour faire des conventions matrimoniales, parce que la capacité exigée dans un cas n'est pas la même capacité exigée dans l'autre. Si le prodigue est capable pour se marier, c'est parce qu'aucune loi ne l'en déclare incapable. Il y a, au contraire, une loi expresse qui lui défend d'aliéner, sans l'assistance de son conseil. La nécessité de cette assistance pourra sans doute être en certains cas un empêchement au mariage lui-même ; mais, loin de s'en plaindre, il faut plutôt s'en féliciter, si c'est un moyen d'empêcher le prodigue de se marier dans de mauvaises conditions, Cass., 28 déc. 1831, S. V., 32, 1, 398 ; Bordeaux, 7 fév. 1855, S. V., 56, 2, 65 ; Paris, 31 juill. 1855, S. V.,

(1) C'est à dire, s'il a l'âge nécessaire pour contracter mariage, ou s'il a obtenu des dispenses d'âge, *ab impedimentum œtatis,* Bastia, 3 fév. 1836, S. V., 36, 2, 247. (Note de MM. Massé et Vergé.)

lui est nécessaire pour la validité de son mariage (1), à consentir par contrat de mariage toutes les conventions dont ce

56, 2, 68 ; Cass., 23 déc. 1856, S. V., 57, 1, 244 ; Valette sur Proudhon, 2, p. 568, note *a* ; Demante, 2, n. 285 *bis ;* Marcadé, sur l'art. 1398 ; Demolombe, 8, n. 737 et s. ; Bellot-Desminières, *Contr. de mar. considéré en lui-même,* n. 702. V. aussi *sup.*, § 249, notes 1 et 15. — *Contrà,* Merlin, *Rép.*, v° *Prodigue,* § 5 ; Troplong, n. 99 et s., et 296 et s. ; Cass., 24 déc. 1856, S. V., 57, 1, 245. D'autres auteurs, prenant un moyen terme, tout en refusant aux prodigues la capacité de faire seuls, par contrat de mariage, des actes d'aliénation, tels que des donations entre vifs de biens présents, leur reconnaissant capacité pour faire seuls des donations entre vifs de biens a venir, ou une institution contractuelle, à raison de l'analogie de ce genre de libéralité avec le testament, acte que les prodigues peuvent faire. V. Toullier, 2, n 1379 ; Duranton, 14, n. 15 ; Rodière et Pont, n. 45 ; Odier, 2, n. 613 et 614. Mais c'est là une erreur : les donations de biens à venir ou institutions contractuelles emportent aliénation actuelle, puisqu'elles sont irrévocables ; ce qui suffit, quelles que soient d'ailleurs les différences qui les distinguent des donations de biens présents, pour qu'elles né soient permises aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire qu'avec l'assistance de ce conseil. V. Gilbert, dans S. V., 56, 2, 65. V. aussi *sup.*, § 249, note 6. Nous ne nous sommes occupés ici que du prodigue, parce que, dans notre opinion, l'interdit n'est pas habile à contracter mariage, V. *sup.*, § 110, notes 3 et 7, et § 236, note 1, et qu'il n'y a, par conséquent, pas lieu de se demander s'il peut consentir des conventions matrimoniales. Mais, si cependant on admettait que l'interdit n'est pas incapable de se marier, il ne serait habile à consentir les conventions matrimoniales qu'autant qu'il serait assisté de son tuteur. Tout ce qui a été dit ci-dessus, relativement au prodigue, lui serait applicable.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Ces personnes sont, selon les cas, les père et mère, les autres ascendants, le conseil de famille. Elles doivent assister à la signature du contrat de mariage, car l'art. 1398 se sert du mot *assisté.* [Ce qui n'empêche pas que les personnes qui doivent assister le mineur ne puissent se faire représenter par procuration, Duranton, 9, n. 765 ; Rodière et Pont, 1, n. 42.]—Néanmoins, il suffit de l'avis du conseil de famille, Delvincourt, 3, p. 4 et s. [Le consentement du conseil de famille suffit, quand même le tuteur serait d'un avis opposé, parce que les personnes qui peuvent habiliter le mineur au mariage peuvent l'habiliter pour les conventions matrimoniales, aux termes de l'art. 1398, qui déroge ainsi aux règles générales sur la tutelle et les droits des tuteurs, Rodière et Pont, 1, n. 41. —

contrat est susceptible, et que pourrait consentir un majeur (1), art. 1398 (2). V. les art. 1095 et 1309; V. cependant l'art. 2140.

La délibération du conseil de famille qui autorise le mineur à consentir des conventions matrimoniales n'a pas plus besoin d'être homologuée que la délibération qui autorise le mineur à contracter mariage, parce que le conseil de famille agit *loco parentum*, et que le consentement qu'il donne n'est pas plus subordonné à la révision supérieure des tribunaux que celui des parents eux-mêmes. V. *sup* , § 127, notes 8 et 18.] —La présence de la mère suffit pour valider les donations faites par l'enfant mineur, alors même qu'elle a convolé à un second mariage et perdu la tutelle, Bastia. 3 fév. 1836, S. V., 36, 2, 248 ; [Rodière et Pont, *ibid.* C'est là une conséquence de la dérogation apportée par l'art. 1398 aux règles ordinaires de l'autorité tutélaire. — Par la même raison, le tuteur *ad hoc*, nommé pour consentir au mariage d'un enfant naturel encore mineur, V. *sup.*, § 127, n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour assister le mineur et l'habiliter à consentir des conventions matrimoniales, Fréminville, *Des minorités*, 1, n. 964 et s. —De ce que la validité des conventions matrimoniales du mineur est subordonnée à l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage, il suit que le défaut d'assistance de ces personnes annulle les conventions, et que, quel que soit le régime que les époux aient stipulé, ils se trouvent, par suite de cette nullité, sous le régime de la communauté légale, Cass., 5 mars 1855, S. V., 55, 1, 348 ; Rodière et Pont, 1, n. 43; Troplong, n. 283 et s.] Note de MM. Massé et Vergé.

(1) Ainsi la femme mineure qui se marie sous le régime dotal peut valablement stipuler l'inaliénabilité de ses biens dotaux, Delvincourt, 3, p. 4 ; Bellot, 1, p. 71 ; Nîmes, 26 janv. 1825. V. cependant Riom, 18 nov. 1809. [C'est un point constant que la mineure qui se marie sous le régime dotal peut stipuler dans son contrat de mariage l'aliénabilité de sa dot, V. Duranton, 15, n. 476 ; Rodière et Pont, 1, n. 39; Troplong, n. 273 ; Cass., 12 janv. 1847, S. V., 47, 1, 241. Cet arrêt juge, de plus, que la femme mineure qui se marie sous le régime dotal peut également conférer à son mari les pouvoirs suffisants pour procéder au partage amiable et définitif d'une succession dont elle est héritière. V. dans le même sens, Rodière et Pont, 1, n. 39 : et Devilleneuve, sur l'arrêt précité, S. V., 47, 1, 241. Le contraire, il est vrai, a été jugé par deux arrêts de la Cour de Bordeaux, des 25 janv. et 1er fév. 1826, dont la doctrine est suivie par Fréminville, *Des minorités*, 2, n. 956, et qui se fondent sur ce que la capacité spéciale conférée par l'art. 1398 ne s'étend pas aux actes pour

§ 636. *Suite.—De la forme du contrat de mariage et de l'époque à laquelle il doit être passé.* Tout contrat de mariage doit être reçu par acte devant notaire (1), et être revêtu de toutes les

lesquels les mineurs en général sont soumis à l'observation de certaines formalités particulières. Mais nous pensons que l'art. 1398 ne comporte pas cette distinction, et que, réputant le mineur majeur, quant au mariage, il autorise toutes les conventions qui ont rapport au mariage, soit quant aux biens, soit quant à la personne des époux.] — L'art. 1398 déroge aux art. 903 et 904, Duranton, 14, n. 14 et 22; [Troplong, n. 266; Rodière et Pont, 1 n. 37; Odier, 2, n. 602 et s. Le mineur peut donc, par contrat de mariage, disposer entre vifs au profit de son conjoint, et disposer dans une proportion plus considérable que celle déterminée par l'art. 904. V. *sup.*, § 417, note 19, et § 519, note 1.—Il suit de là que les époux mineurs peuvent, par contrat de mariage, ameublir leurs immeubles, pour les faire tomber en communauté, ce qui est un moyen de libéralité, Bellot-Desminières, 3, p. 131; Duranton, 14, n. 14; Troplong, n. 269. Il y avait cependant sur ce point des divergences dans l'ancien droit. V. Merlin, *Rép.*, vo *Ameublissement.* V. aussi Pothier, *Communauté*, n. 306.] Cependant une mineure ne peut limiter par contrat de mariage l'hypothèque légale qui lui appartient sur les immeubles de son mari; cela lui est interdit par la disposition spéciale de l'art. 2140, Grenier, *Hyp.*, n. 269; Troplong, *Hyp*, n. 637, [et *Contr. de mar.*, n. 272;] Duranton, 20, n. 56; Favard, *Hypothéq.*, sect. 3, § 3, n. 11; Cass., 19 juill. 1820; Caen, 15 juill. 1836, S. V., 37, 2, 329. [C'est la seule restriction apportée par la loi à la faculté que l'art. 1398 donne au mineur.] Note de MM. Massé et Vergé.

(2) [Le sourd-muet peut consentir toutes conventions matrimoniales dans tous les cas où il est capable de contracter, de donner ou de recevoir, Paris, 3 août 1855, S. V. 57, 2, 443. V. *sup.*, § 417, note 11.] Note de MM Massé et Vergé.

(1) [Un contrat de mariage par acte sous seing privé est nul, lors même qu'il aurait acquis date certaine avant le mariage, Rodière et Pont, 1, n. 128; ou même encore bien qu'il ait été exécuté depuis le mariage, Pau, 18 juin 1836, S. V., 36, 2, 546].—Un contrat de mariage sous seing privé et déposé ensuite par les parties chez un notaire, avec déclaration qu'elles entendaient maintenir en tous points les conventions qu'il contient, est valable, Rouen, 11 janv. 1826; [Cass., 15 flor. an XII; Duranton, 14, n. 43; Rodière et Pont, 1, n. 128; Troplong, n. 185.—*Contrà*, Rolland de Villargues, vo *Contr. de mariage*, n. 64, et Clerc, *Man. du not*, p. 352. Nous pensons, avec ces derniers auteurs, que l'art.

formalités prescrites (1) par les lois sur le notariat pour les actes de cette nature, art. 1394 (2).

1394 est absolu, et qu'en exigeant que les conventions matrimoniales soient rédigées par acte devant notaire, il interdit par cela même de les rédiger par acte sous seing privé, encore bien que l'acte soit ensuite déposé chez un notaire. Cette opinion, qui se renferme strictement dans le texte, est rigoureuse, mais nous croyons que l'opinion qui jusqu'ici a prévalu dans la doctrine et la jurisprudence pèche par l'excès contraire, et qu'elle a été déterminée par un respect exagéré pour d'anciennes habitudes et par la faveur que pouvaient mériter les circonstances.—Néanmoins, si le mariage est célébré en pays étranger sous une législation qui permet de faire les conventions matrimoniales par acte sous seing privé, le contrat de mariage sera valable en France, d'après la règle *locus regit actum*, Troplong, n. 188; Taulier, 5, p. 26.—Il n'y a, d'ailleurs, en ce qui touche la nécessité d'un acte notarié, aucune distinction à faire entre les différentes clauses de l'acte. Ainsi, l'obligation contractée par l'un des époux de supporter seul les frais du contrat de mariage est une convention matrimoniale qui doit être constatée par acte devant notaire, dans les termes de l'art. 1394, Cass., 21 juill. 1852, S. V., 52, 1, 696.] Note de MM. Massé et Vergé.

(1) Il faut donc que l'acte soit reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins; que la minute reste déposée chez le notaire, et ainsi de suite. V. les art. 1092 et 1397; Bellot, 1, p. 27 et s.; Toullier, 12, n. 70; Colmar, 16 mars 1813; Riom, 20 nov. 1818. [Le contrat de mariage doit être passé en minute; il serait nul s'il était reçu en brevet. C'est ce qui résulte de l'art. 1397, qui, relatif aux contre-lettres ou changements apportés au contrat de mariage, veut que ces contre-lettres soient rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage; ce qui suppose la nécessité d'une minute, Toullier, 12, n. 71; Rodière et Pont, 1, n. 129; Marcadé, sur les art. 1394 et s.; Bastia, 26 déc. 1849, S. V., 52, 2, 165. Mais il n'y aurait pas nullité du contrat de mariage, par cela seul que le notaire se serait à tort dessaisi de la minute, Cass., 6 déc. 1852, S. V., 53, 1, 29.—Le contrat de mariage n'est pas au nombre des actes pour lesquels la loi du 21 juin 1843 exige, à peine de nullité, la présence réelle du notaire en second ou des témoins. Il suffit qu'il soit déclaré qu'il a été reçu par deux notaires ou par un seul assisté de deux témoins. Il résulte même de la discussion de cette loi, que la présence du notaire en second ou des témoins n'est pas indispensable, même quand l'acte renferme des dons entre vifs. Bordeaux, 27 mai 1853, S. V., 53, 2, 587; Duranton, 13, n. 30; Odier, 2, n. 644; Rodière et Pont, 1, n.

[ARTICLE 1264.]

Les contrats de mariage passés entre époux dont l'un ou

130; Marcadé, sur l'art. 1396.—*Contrà*, Toullier, 8, n. 38, 74 et 88; Grenier, *Hyp.*, 1, n. 8; Benoît, *De la dot*, 1, n. 11.—Les contrats de mariage sont d'ailleurs soumis à toutes les autres formalités des actes notariés, notamment en ce qui touche la capacité des témoins instrumentaires, Riom, 20 nov. 1818, 28 mai 1824 et 12 juin 1844, S. V., 44, 2, 397; Toullier, 12, n. 71; Duranton, 14, n. 47; Grenier, *Hyp.*, 1, n. 8; Rodière et Pont, 1, n. 132.—Ils sont, de plus, soumis à des formalités particulières introduites par la loi du 10 juill. 1850 qui a ajouté à l'art. 1391 un dernier alinéa, renfermant une disposition sur les droits de la femme vis-à-vis des tiers, quand elle s'est mariée sans contrat de mariage, et deux alinéas à l'art. 1394. Aux termes du dernier de ces alinéas, le notaire doit délivrer aux parties, au moment de la signature du contrat, un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeure des futurs époux, ainsi que la date du contrat, avec indication que ce certificat doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage; et, aux termes du premier, le notaire doit donner lecture aux parties, tant du dernier alinéa ajouté à l'art. 1391 que du dernier alinéa ajouté à l'art. 1394, et faire mention de cette lecture dans le contrat, à peine de dix francs d'amende. Il a même été jugé que la nécessité de cette lecture et de cette mention s'appliquait non-seulement au contrat de mariage lui-même, mais encore à l'acte additionnel et modificatif d'un contrat de mariage, Paris, 12 janv. 1856, S. V., 56, 2, 106.—*Contrà*, Caen, 2 déc. 1856, S. V., 57, 2, 112; Cass., 18 mars 1857, S. V., 57, 1, 251.—Enfin, lorsque le contrat de mariage est reçu en pays étranger par un notaire dont les actes, d'après la législation de ce pays, font foi jusqu'à inscription de faux, il est valable et doit recevoir son effet en France, alors même que ce contrat ne serait pas revêtu des formalités exigées dans le pays où il est fait pour être opposable aux tiers et donner à la femme un droit de reprise sur les biens de son mari, si d'ailleurs il s'agit d'exécuter ce contrat en France et sur les biens situés en France, Cass., 12 juin 1855, S. V., 56, 1, 20.] Note de MM. Massé et Vergé.

(2) [Le principe général aux termes duquel les conventions ne font loi qu'entre les parties, de même que la règle qui interdit les stipulations pour autrui, sont applicables aux contrats de mariage comme à tous les autres contrats. Il suit de là que le contrat de mariage passé en l'absence de l'un des futurs époux, même mineur, et dans lequel un tiers, tel que le père ou la mère, sans mandat, s'est porté fort pour le futur absent, est nul. Et cette nullité ne peut être couverte par la célébration

l'autre ou tous les deux font le commerce sont soumis à des règles particulières. V. les art. 67 et s. Com. (1).

du mariage, soit parce qu'elle est absolue, soit parce que le fait du mariage n'a aucune relation nécessaire avec le contrat qui l'a précédé, et n'emporte pas approbation ou reconnaissance de ce contrat. Cette nullité ne peut même être couverte par les actes d'exécution du contrat de mariage postérieurs à la célébration du mariage, parce que la nullité du contrat de mariage a pour résultat de faire que les époux se sont mariés sans contrat, et que cet état de chose ne peut être modifié par des faits ou des actes postérieurs à la célébration du mariage, art. 1394. V. *sup.*, § 633, note 2. En conséquence, toutes les stipulations du contrat de mariage nul, relatives soit au régime sous lequel les époux seraient placés, soit à leurs biens, sont comme non avenues, et les époux se trouvent forcément et nécessairement placés sous le régime de la communauté légale, Grenoble, 7 juin 1851, et Nîmes, 6 août 1851, S. V., 51, 2, 613; Toulouse, 5 mars 1852, S. V., 52, 2, 257; Nimes, 20 juill. 1852, S. V., 52, 2, 450; trib. de Castel-Sarrazin, 10 janv. 1853, S. V., 53, 2, 80; Toulouse, 19 janv. 1853; Pau, 1er mars 1853, et Montpellier, 3 déc. 1853, S. V., 54, 2, 33; Riom, 23 juin 1853, S. V., 54, 2, 57; Cass., 11 juill. 1853, S. V., 54, 1, 49; 29 mai 1854, S. V., 54, 2, 437; Nîmes, 30 août 1854, S. V., 54, 2, 641; Cass., 9 janv. 1855, S. V., 55, 1, 125. Tous ces arrêts admettent le principe de la nullité du contrat de mariage passé en l'absence de l'un des futurs; néanmoins, quelques arrêts de Cours impériales varient sur les conséquences de cette nullité, qu'ils considèrent à tort comme n'étant pas tout a fait absolue. Toutefois, nous admettons, avec un arrêt de la Cour de Nîmes, du 6 août 1851, S. V., 51, 2, 613, qu'après la dissolution du mariage, quand l'ordre public cesse d'être en question, les parties intéressées qui peuvent transiger sur leurs droits ne peuvent plus invoquer la nullité du contrat de mariage dont elles auraient volontairement exécuté les clauses. V. aussi Troplong, n. 181; Cass., 31 janv. 1833, S. V., 33, 1, 471, et Caen, 9 mai 1844, S. V., 45, 2, 76.] Note de MM. Massé et Vergé.

(1) V. Bellot, 1, p. 80; Toullier, 12, n. 70. [Indépendamment des formalités générales prescrites par la loi du 10 juill. 1850, V. *sup.*, note 2, l'art. 67 Com. exige la publication de tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant. Cette disposition a été puisée dans l'art. 1er du titre 8 de l'ordon. de 1678, qui prononçait de plus la nullité des clauses dérogatoires à la communauté qui n'avaient pas été publiées, et qui voulait qu'à défaut de publication, la femme fût réputée commune vis-à-vis des créanciers de son mari. Mais cette disposition accessoire,

[ARTICLE 1264.]

Avant la célébration du mariage, aucun délai n'est fixé aux parties pour faire leur contrat de mariage; mais, le mariage célébré, elles ne peuvent plus ni faire un contrat de mariage, ni modifier celui qui a été antérieurement fait (1),

n'ayant pas été reproduite par le Code, n'a plus aucune force aujourd'hui, et les clauses dérogatoires au régime de la communauté, bien que non publiées, sont opposables aux tiers, sauf les cas de fraude et sauf la responsabilité du notaire qui aurait négligé de faire publier le contrat de mariage, Massé, 3, n. 67.—Le contrat de mariage d'époux commerçants passé en pays étranger doit être publié en France, si les époux y ont leur domicile, Massé, 2, n. 108.] Note de MM. Massé et Vergé.

(1) V. comme exemple des conséquences de ce principe, Toulouse, 7 mai 1829; Cass., 22 fév. 1831, S. V., 31, 1, 107; Bordeaux, 8 déc. 1831, S. V., 32, 2, 665. [Il résulte de la disposition claire et précise de l'art. 1395, que les modifications ou changements apportés au contrat depuis la célébration du mariage sont absolument nuls et sans effets. Toullier, 12, n. 35 et s., a cherché à établir le contraire, en argumentant de l'art. 1096, qui autorise les époux à se faire des libéralités pendant le mariage, à la condition que ces libéralités soient révocables : d'où il conclut que les époux peuvent modifier leurs conventions matrimoniales par des conventions postérieures à la célébration du mariage, et que ces conventions postérieures ne sont pas nulles, mais seulement révocables à la volonté des conjoints ou de l'un d'eux. Mais aucun auteur n'a suivi Toullier dans cette voie, qui tendait à substituer l'arbitraire des doctrines et des systèmes à la volonté de la loi. V. Demante, *Thémis*, 8, p. 229; Duranton, 14, n. 38; Rodière et Pont, n. 133 et s.; Marcadé, sur l'art. 1395; Troplong, n. 201 et s. — Les conventions matrimoniales sont tellement immuables pendant le mariage, que le mari qui a reconnu par le contrat de mariage que sa femme lui a apporté en dot une somme déterminée, consistant en valeurs de diverse nature, n'est pas admissible à prétendre plus tard qu'il n'a pas réellement reçu cette somme, Orléans, 29 mars 1855, S. V., 55, 2, 404. Mais comme les contrats frauduleux peuvent toujours être annulés, le mari peut, nonobstant l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, demander la nullité, pour cause de dol et de fraude, des clauses d'un contrat de mariage relatives à des reconnaissances de dot et d'apport, Cass., 2 mars 1852, S. V., 52, 1, 262; Troplong, n. 3632. —Dans tous les cas, bien qu'un contrat de mariage porte que la célébration du mariage vaudra quittance de la dot, cependant le non-payement de la dot peut être ultérieurement reconnu par ceux qui l'ont constituée, et ils peuvent s'obliger à la payer. Ce n'est pas là apporter un change-

art. 1395. Cette défense de modifier le contrat de mariage s'applique aux donations contenues dans le contrat de ma-

ment aux conventions matrimoniales; c'est la reconnaissance d'un fait qui ne pourrait être attaqué par les héritiers ou les créanciers du constituant, que comme emportant une libéralité déguisée, faite en fraude de leurs droits au profit des époux, Bordeaux, 29 mars 1851, S. V., 51, 2, 520.—De ce que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement pendant le mariage, il suit que les époux ne peuvent, après le mariage, contracter entre eux aucune société civile ou commercialé, puisque cette société, en modifiant leurs rapports et leurs droits respectifs, aurait nécessairement pour effet de modifier les conventions matrimoniales qui auraient déjà réglé leurs rapports et leurs droits, Cass., 9 août 1851, S. V., 52, 1, 281. Des auteurs semblent restreindre cette prohibition au cas d'une société universelle, Duvergier, *Contrat de société*, n. 102 ; Troplong, *Contr. de mar.*, n. 206 et s. Mais il n'y a aucune raison pour distinguer entre les sociétés universelles et les sociétés particulières, puisque les unes et les autres donnent aux époux, sur tout ou partie de leurs biens respectifs, des droits autres que ceux qu'ils puisent dans leurs conventions matrimoniales. D'autres auteurs commettent, sur la même question, une autre erreur. Ils reconnaissent que les époux mariés sous le régime de la communauté ne peuvent mettre en société les biens exclus de la communauté ; mais ils admettent que rien n'empêcherait les époux séparés de biens par le contrat de mariage d'établir entre eux une société, même universelle, sous prétexte qu'ils n'altèreraient en rien par là leurs conventions matrimoniales, Duranton, 17, n. 347; Alauzet, *Droit comm.*, 1, n. 35 ; comme si les conventions matrimoniales n'étaient pas changées et altérées, aussi bien lorsqu'on rend commun des biens dont une séparation de biens conventionnelle a laissé la propriété à chacun des époux que lorsqu'on rend communs, en les mettant en société, des biens exclus de la communauté légale ou conventionnelle ! Du reste, cette prohibition d'entrer en société ne s'applique qu'au cas où il s'agit d'une association de personnes et de capitaux, et non au cas où il s'agit seulement d'une association de capitaux, par exemple de la prise d'actions dans une société anonyme ou dans une société en commandite : il n'y a plus ici qu'un placement de fonds, et la circonstance que l'un des époux fait partie d'une société de cette nature n'est pas une raison pour en exclure l'autre, Massé, *Dr. comm.*, 3, n. 317. V. aussi Troplong, *loc. cit.*]—La clause d'un contrat de mariage par laquelle les parties se réserveraient le droit de le modifier serait nulle, arg. art. 1387. V. Cass., 23 août 1826. (Note de MM. Massé et Vergé.)

riage (1). Elle comprend aussi les modifications qu'on chercherait à introduire dans le contrat de mariage au moyen de dispositions testamentaires (2), et même les contrats simplement explicatifs (3) d'une clause ambiguë ou obscure du contrat de mariage. Cependant cette défense laisse, soit aux époux le droit de faire au profit l'un de l'autre, soit à leurs parents et aux tiers le droit de faire au profit des époux les dispositions à titre gratuit dont la validité peut se concilier avec celles qui se trouvent dans le contrat de mariage (4).

(1) Riom, 30 avril 1811 ; Cass., 29 juill. 1818 ; [Rennes, 16 mai 1823 ; Cass., 9 nov. 1824 ; Bordeaux, 8 déc. 1831, S. V., 32, 2, 625 ; Duranton, 14, n. 35 et s.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Cass., 27 mai 1817 ; [Bruxelles, 25 nov. 1811 ; Duranton, 14, n. 35 et s. ; Bellot-Desminières, *Contr. de mar.*, 1, p. 35. V. cependant Montpellier, 7 août 1850, joint à Cass., 2 mars 1852, S. V., 52, 1, 262.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) Dijon, 17 juill. 1816. V. cependant Bellot, 1, p. 41.

(4) Cass., 18 avril 1812 ; 19 janv. 1856, S. V., 56, 1, 318. [Il faut d'ailleurs remarquer que la prohibition de modifier le contrat de mariage ne s'applique pas aux clauses qui peuvent porter atteinte à la liberté des personnes, et qui sont en quelque sorte subordonnées dans leur exécution à la persistance de l'accord des parties. C'est ainsi que l'engagement contracté par les futurs et les père et mère de l'un d'eux, d'habiter et de vivre en commun, peut être à tout moment rompu, dès que la vie commune ne convient plus aux parties, Bordeaux, 26 juill. 1838, S. V., 39, 2, 51 ; Troplong, n. 219 et s.—Cette prohibition ne s'applique, d'ailleurs, qu'aux époux qui ne peuvent, par leurs conventions, directement ou indirectement, modifier les rapports établis entre eux par le contrat de mariage ; mais elle ne s'applique pas aux tiers qui n'ont pas été partie au contrat de mariage et qui ne sont pas tenus par conséquent de le prendre pour règle de leurs dispositions. Ainsi, quoique le contrat de mariage d'une femme mariée sous le régime dotal porte qu'elle ne pourra aliéner ses immeubles qu'à la charge de remploi, cela n'empêche pas que des biens ne puissent lui être donnés ou légués pendant le mariage, avec dispense de faire emploi du prix en cas d'aliénation. Quant à ces biens, c'est le testament ou la donation qui doit faire la règle, et non le contrat de mariage, pourvu toutefois qu'il ne s'agisse pas de biens auxquels elle aurait eu droit comme héritière à réserve, Rouen, 7 fév. 1844, S. V., 45, 2, 78 ; Troplong, n. 224 et s.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1264.]

De même que le contrat de mariage ne peut recevoir aucune modification après la célébration du mariage, de même aussi il ne peut, avant la célébration du mariage, être modifié (1) ou révoqué (2) que sous les conditions suivantes :

(1) Des additions doivent être assimilées à des modifications, Delvincourt, sur l'art. 1395 ; Duranton, 14, p. 51. V. en sens contraire, Toullier, 12, n. 58. [L'art. 1396 parle des changements ou contre-lèttres, ce qui comprend toutes modifications des clauses du contrat de mariage, et toute addition à ces mêmes clauses, qui, sans modifier le sens des clauses premières, y ajoute des clauses nouvelles, Odier, 2, n. 661 et s.] Les modifications indirectes sont également défendues, Cass., 31 janv. 1837, S. V., 37, 1, 533. [Il en est de même des clauses ou dispositions interprétatives ; car ou la disposition interprétative n'ajoute rien au contrat, et alors elle est inutile ; ou elle y ajoute quelque chose, et alors elle tombe sous la prohibition de l'art. 1396, Marcadé, sur cet article. V. cependant Rodière et Pont, 1, n. 137.—Toutefois, il a été jugé par la Cour de cassation, le 4 août 1852, S. V., 52, 1, 631, qu'on ne peut considérer comme un changement aux conventions matrimoniales, dans le sens de l'art. 1396, la convention ayant pour objet le mode de payement de la dot ; et qu'ainsi est valable la convention intervenue dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, par laquelle le père de la future vend au futur époux un immeuble, pour le prix se compenser jusqu'à due concurrence avec la dot stipulée en argent.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Toutefois, cette règle ne paraît pas devoir s'appliquer aux dispositions à titre gratuit que les conjoints auraient faites en dehors du contrat de mariage, telles que les donations que l'un des futurs aurait faites au profit de l'autre. V. Delvincourt, 3, p. 6 ; Bellot, 1, p. 57 et s. ; Toullier, 12, n. 61 et s. V. en sens contraire, Duranton, 14, n. 58 et s. [Quant aux donations, il faut distinguer : les tiers peuvent, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage, faire aux futurs époux toutes les donations permises en dehors d'un contrat de mariage, Rodière et Pont, 1, n. 137 ; Marcadé, sur l'art. 1396 ; Troplong, n. 245. Mais les époux ne peuvent se faire une donation dans ce temps intermédiaire, parce que ce serait là ajouter quelque chose à leur contrat de mariage et modifier leurs conventions premières. Il est vrai que les époux peuvent se faire des donations pendant le mariage ; mais ces donations sont toujours révocables, tandis que les donations faites avant le mariage sont irrévocables, différence qui démontre qu'il n'y a rien à conclure des unes aux autres, Duranton, 14, n. 59 ; Odier, 2, n. 662 et s. ; Rodière et

[ARTICLE 1264.]

1. Les changements ou contre-lettres doivent avoir lieu dans la forme prescrite pour le contrat de mariage lui-même, c'est-à-dire par acte notarié, art. 1396, alin. 1 ; et ce nouveau contrat doit être passé devant le même notaire que celui qui a reçu le contrat de mariage (1), arg. art. 1397.

2. Ces changements n'ont d'effet soit entre les parties (2), soit vis-à-vis des tiers, qu'autant que toutes les personnes qui ont figuré (3) au contrat assistent simultanément au

Pont, 1, n. 139 ; Marcadé, sur l'art. 1396 ; Troplong, n. 240 et s.—*Contrà*, Toullier, 12, n. 58, dont l'opinion repose sur une erreur et une confusion évidentes.—On doit voir également une modification des conventions matrimoniales dans la vente, par l'un des futurs époux à l'autre, de ses apports matrimoniaux, consentie dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage de la célébration, alors même qu'étant mariés sous le régime de la communauté d'acquêts, cette vente n'enlève rien à la communauté, parce qu'en définitive elle change les bases du contrat de mariage en transportant à l'un l'apport de l'autre, Cass., 31 janv. 1837, S. V., 37, 1, 533 ; Agen, 17 août 1837, S. V., 38, 2, 122 ; Troplong, n. 242 et s.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Maleville, sur l'art. 1397. [Ou devant le successeur de ce notaire ou autre notaire dépositaire de ses minutes. C'est ce qui résulte de ce qu'aux termes de l'art. 1397, les changements ou contre-lettres doivent être rédigés à la suite du contrat de mariage : d'où la conséquence que le notaire rédacteur doit être le détenteur de la minute du contrat de mariage. Il faut, du reste, remarquer que la circonstance que le changement n'aurait pas été rédigé à la suite du contrat de mariage et par un notaire compétent n'empêcherait pas la convention nouvelle d'être valable entre les parties contractantes ; seulement elle ne pourrait pas être opposée aux tiers. V. *inf.*, dans le texte du paragraphe, et note 18.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Toullier, 12, n. 62 ; Cass., 29 juin 1813. L'art. 1396 déroge donc à l'art. 1321. [V. Cass., 27 janv. 1854, S. V., 55, 1, 113.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(3) *Id est copaciscentes.* Si donc les enfants étant dans l'âge où ils pouvaient se marier sans le consentement de leurs parents, ceux-ci ont cependant assisté à la signature du contrat de mariage, la présence de ces parents ne sera pas nécessaire pour la validité des modifications apportées au contrat. V. Toullier, 12, n. 51 ; Bellot, 1, p. 42 ; [Troplong, n. 237 et s... Pourvu, bien entendu, qu'ils ne fassent aucune libéralité. Et

nouvel acte (1), et consentent toutes aux modifications proposées (2), art. 1396, alin. 2. La raison de cette disposition est que toutes les clauses d'un contrat de mariage doivent être considérées comme liées conditionnellement entre elles.

il en est ainsi des parents dont le consentement n'est pas nécessaire, mais auxquels les époux sont tenus de demander conseil par la voie d'actes respectueux, parce que ces parents, toujours dans l'hypothèse où ils ne font aucune libéralité aux époux, ne sont appelés au contrat de mariage, comme ceux à qui il n'y a pas lieu de demander conseil, que par simple révérence, *honoris causâ*, et qu'ils n'y sont pas partie, Mêmes autorités.—*Contrà*, Odier, 2, n. 660 ; Rodière et Pont, 1, n. 141 ; Marcadé, sur l'art. 1396.] Mais il faut que tous ceux qui ont fait aux époux des donations dans le contrat de mariage assistent à l'acte qui apporte des modifications à ce contrat, Delvincourt, sur l'art. 1396 ; Duranton, 14, n. 55 et s. [Cela est sans difficulté, puisque ceux qui interviennent au contrat de mariage pour gratifier les futurs époux sont évidemment parties au contrat.—D'un autre côté, l'art. 1396, qui défend de faire aucun changement au contrat de mariage sans la présence et le consentement simultané des personnes qui ont été parties dans le contrat, s'applique tout aussi bien au cas où les deux futurs époux étaient seuls parties au contrat, qu'au cas où ils étaient assistés de tiers. En conséquence, est nul le changement apporté à un contrat de mariage lorsqu'il n'a été stipulé et signé par les deux futurs époux qu'isolément, en l'absence l'un de l'autre, et à des dates différentes, Douai, 1er août 1854, S. V., 54, 2, 666.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Il ne suffit donc pas, pour la validité des changements, que ceux qui ont été parties au contrat de mariage soient appelés, Delvincourt, *loc. cit.*; Bellot, 1, p. 54 ; Duranton, 14, n. 53 ; Favard, v° *Conventions matrim.*, § 3 ; [Odier, 2, n. 656 ; Rodière et Pont, I, n. 140.—*Contrà*, Toullier, 12, n. 50] Mais rien n'empêche les parties de se faire représenter par un fondé de pouvoirs. *Quid*, si l'une des parties est décédée ou a été interdite dans l'intervalle? V. Bellot, 1, p. 48, et Duranton, 14, n. 66. [Dans ce cas, les futurs époux n'ont d'autre ressource que de faire un nouveau contrat de mariage qui annulle le premier. V. cependant Rodière et Pont, 1, n. 140.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Si l'une ou l'autre partie se refuse aux modifications demandées, il faut ou y renoncer, ou faire un nouveau contrat, Duranton. 14, n. 66 ; [Marcadé, sur l'art. 1396 ; Troplong, n. 236.] V. cependant Toullier, 13, n. 53 et s. ; [Rodière et Pont, 1, n. 140.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

3. Les changements faits au contrat de mariage, même dans les conditions qui viennent d'être indiquées, et avec le consentement de toutes les parties, sont sans effet vis-à-vis des tiers s'ils n'ont pas été rédigés par le notaire à la suite de la minute du contrat de mariage (1), art. 1397; et le notaire ne peut délivrer ni grosses, ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite les changements opérés. Toutefois l'inobservation de cette prescription de la part du notaire n'altère en rien la force des modifications à l'égard des tiers (2); seulement le notaire est passible des dommages et intérêts des parties intéressées (3), et peut même, selon les cas, être condamné à une amende (4), art. 1397.

---

* *C. N.* 1394. } Toutes conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage, par acte devant notaire.

1265. Après le mariage il ne peut être fait aux conventions matrimoniales contenues au contrat,	1265. After marriage, the marriage covenants contained in the contract cannot be altered [even

(1) [V. *sup.*, note 12.]

(2) Il résulte des termes de l'art. 1397, que les modifications apportées à un contrat de mariage, lors mêmes qu'elles ne se trouvent pas portées sur les grosses ou expéditions, sont néanmoins opposables aux tiers, Delvincourt, sur l'art. 1397; Duranton, 14, n. 69 et s. [Marcadé, sur l'art. 1397.] V. en sens contraire Toullier, 12, n. 66 et s., qui émet [mais à tort] une opinion contraire. (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(3) L'art. 1397 porte : *des parties*. Il faut entendre par là les tiers qui ont subi un dommage, par suite de l'expédition défectueuse. Ceux qui ont fait opérer les modifications peuvent aussi, selon les circonstances, actionner le notaire en dommages et intérêts, [Duranton, 14, n. 69; Rodière et Pont, 1, n. 146; Troplong, n. 248; Marcadé, sur l'art. 1397. V. cependant Toullier, 12, n. 68.] (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

(4) C'est-à-dire aux peines disciplinaires autorisées par les lois sur le notariat, Duranton, 14, n. 68. (Note de MM. MASSÉ et VERGÉ.)

aucun changement, [pas même par don mutuel d'usufruit, lequel est aboli.]

Les époux ne peuvent non plus s'avantager entrevifs si ce n'est conformément aux dispositions contenues dans l'acte de la 29e Vict. c. 17, qui permettent au mari, sous les restrictions et conditions y déclarées, d'assurer sa vie pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants.

by the mutual donation of usufruct, which is abolished ;] nor can the consorts in any other manner confer benefits *inter vivos* upon each other, except in conformity with the provisions of the act 29th Vict., ch. 17, under which a husband may, subject to the restrictions and conditions therein mentioned, insure his life for the benefit of his wife and children.

St. de Québec, 41 *et* 42 *Vict.* (1878), *ch.* 13, *sec.* 1 *à* 8 *et sec.* 29. } 1. L'acte de la ci-devant province du Canada, vingt-neuvième Victoria, chapitre dix-sept, et les actes de cette province, trente-deuxième Victoria, chapitre trente-neuf, et trente-troisième Victoria, chapitre vingt-et-un, sont abrogés ; sauf toutefois quant à ce qui concerne les transports faits ou les droits acquis antérieurement, et les actions et procédures pendantes devant tout tribunal, lors de l'entrée en force du présent acte, relativement auxquels dits transports, droits, actions et procédures, les dits actes continueront d'avoir force et effet.

2. Il sera loisible à tout mari, d'assurer sa vie, pour le bénéfice de sa femme ; ou pour le bénéfice de sa femme et de leurs enfants généralement ; ou pour le bénéfice de sa femme et des enfants à lui, des enfants à elle et de leurs enfants généralement ; ou pour le bénéfice de sa femme et des enfants à lui, ou des enfants à elle généralement ; ou pour le bénéfice de sa femme et d'un ou de plusieurs des enfants à lui, ou à elle, ou de leurs enfants ; et à tout père ou mère d'assu-

rer sa vie pour le bénéfice des enfants à lui, ou enfants à elle ou de l'un ou de plusieurs de leurs dits enfants.

3. Telle assurance pourra être effectuée, soit pour toute la vie de la personne dont la vie sera assurée, soit pour une période de temps définie ; et le montant de l'assurance pourra être fait payable à la mort de la dite personne, ou à l'expiration d'une période de temps stipulée de pas moins de dix ans, si elle y survit.

4. La prime de telle assurance pourra être payable durant toute la vie de la personne dont la vie est assurée ou durant une période de pas moins de dix ans ; et pourra être payée par paiements annuels, semi-annuels, trimestriels ou mensuels.

5. Il sera aussi loisible à tout mari, d'approprier toute police d'assurance sur sa vie, dont il sera porteur, pour le bénéfice de sa femme ; ou pour le bénéfice de sa femme et de leurs enfants généralement ; ou pour le bénéfice de sa femme et des enfants à lui, des enfants à elle et de leurs enfants généralement ; ou pour le bénéfice de sa femme et des enfants à lui ou des enfants à elle généralement ; ou pour le bénéfice de sa femme et d'un ou de plusieurs des enfants à lui ou à elle ou de leurs enfants ;— et à tout père ou mère, d'approprier toute police d'assurance sur sa vie, dont il ou elle sera porteur, pour le bénéfice des enfants à lui ou des enfants à elle, ou de l'un ou de plusieurs de leurs dits enfants.

6. Telle appropriation se fera par une déclaration écrite endossée sur, ou référant et annexée à la police appropriée. Un double de la déclaration devra être déposé entre les mains de la compagnie qui aura émis la police, et une note du dépôt de tel double, devra être endossée par la compagnie sur la police ou sur la déclaration.

7. Telle assurance pourra être effectuée et telle déclaration d'appropriation pourra être faite par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari.

29. Rien de contenu dans le présent acte ne sera considéré, ni interprêté, de manière à restreindre ou affecter aucun

droit appartenant autrement, par la loi, à aucune personne, d'effectuer ou transporter une police d'assurance pour le bénéfice d'une femme ou des enfants ; ni ne s'appliquera à une police d'assurance effectuée ou transportée en faveur d'une femme en vertu de son contrat de mariage.

Voy. *C. N.* 1396, cité sur art. 1266.

FIN DU NEUVIÈME VOLUME.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE NEUVIÈME VOLUME.

CONTINUATION DU LIVRE TROISIÈME

TITRE TROISIÈME.—Des Obligations (*suite*).

